

**Seminarios wiki interactivos de Derecho
Internacional Privado con complemento-
refuerzo de seminarios presenciales
impartidos por especialistas en los temas
propuestos
(Proyecto de Innovación Docente
ID2015/0020)**

**Pfra. Dra. D^a. Antonia Durán Ayago
Pfra. Dra. D^a. María del Mar Velázquez Sánchez
Asignatura: Derecho Internacional Privado
Curso y Grupos: 4º I y II
GRADO EN DERECHO**

Curso 2015/2016

SUMARIO

Propuesta y Contenido del Proyecto.....	3
Resultados Grupo I de Derecho internacional privado.....	6
Resultados Grupo II de Derecho internacional privado.....	96

**Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado con
complemento-refuerzo de seminarios presenciales impartidos por
especialistas en los temas propuestos**

(Proyecto de Innovación Docente ID2015/0020)

PROPUESTA

Implantación de metodologías activas de aprendizaje
Diseño de contenidos docentes y audiovisuales en abierto o en el campus virtual

¿En qué consiste el proyecto?

A través de la plataforma Studium Plus, nos proponemos potenciar el aprendizaje activo de los/as estudiantes mediante la realización de uno o varios seminarios especializados en cada grupo, utilizando para ello la herramienta wiki. Realizaremos a nuestros alumnos/as, a principios de curso, una propuesta de temas de interés jurídico y social comprendidos en el objeto de la asignatura obligatoria Derecho internacional privado y en la asignatura optativa Nacionalidad y extranjería en las relaciones privadas internacionales para que decidan sobre qué materias les interesaría más trabajar.

Una vez concretados los temas se formularán en seminarios interactivos en que los/las estudiantes van a tener que trabajar añadiendo información a la wiki creada, partiendo de unos ítems previos y unas líneas de referencia que les proporcionaremos. Los seminarios tendrán un cronograma de desarrollo que irá parejo a la explicación de los conceptos teóricos necesarios para participar en ellos con el máximo aprovechamiento.

Cada seminario interactivo culminará con un seminario presencial impartido por un especialista en la materia, en el que los/las estudiantes que hayan intervenido en él, podrán preguntar sobre aquellas cuestiones que mayor interés les hayan suscitado, al tiempo que tendrán un nivel de conocimientos adecuado sobre la materia para poder interactuar con el profesor que imparta el seminario.

En este sentido, para realizar la memoria económica, hemos tomado como referencia la asistencia de un profesor de otra Universidad, especialista en al menos uno de los temas que se hayan trabajado.

Objetivos:

El proyecto se aplicará en dos de los grupos de Grado en que se imparte la asignatura de Derecho internacional privado, además de en el grupo de la asignatura optativa Nacionalidad y Extranjería en las relaciones privadas internacionales. Podrán participar en esta iniciativa todos los alumnos que lo

deseen, se hayan acogido o no al sistema de evaluación continua y podrá suponer hasta un punto más en la calificación final, siempre que se haya aprobado la asignatura a través del correspondiente sistema de evaluación.

Los objetivos que nos proponemos con esta iniciativa docente son:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante.
2. Prestar atención a sus inquietudes, siendo ellos/as los/las que elijan los temas que van a ser objeto de tratamiento, entre una lista de temas que les proporcionaremos a principios de curso.
3. Buscar información sobre los temas planteados en un triple orden: realidad social, normativa interna y comparada, jurisprudencia.
3. Ser capaces de construir información sobre una materia de actualidad desde la rigurosidad y desde un enfoque práctico-jurídico.
5. Potenciar el trabajo en grupo.
6. Ser capaces de interactuar con otros profesores especialistas en las materias propuestas.

Resultados previstos:

1. Implicar al estudiante en los temas de la realidad que regula el Derecho internacional privado
2. Crear información y generar conocimiento sobre la materia planteada
3. Interactuar con los/as compañeros/as y con la profesora de la asignatura, además de con los/las profesores/as de otras Universidades que participarán en esta iniciativa
4. Profundizar en el conocimiento de los temas planteados, lo que repercutirá directamente en una mejor comprensión de la asignatura cursada.

Impacto sobre la docencia:

Con la experiencia de haber ya puesto en marcha este proyecto durante los seis cursos precedentes, los resultados y el impacto sobre la docencia han sido muy positivos. Los/las estudiantes que han participado en esta iniciativa la han valorado muy positivamente; se han implicado en la asignatura y sus resultados finales en el examen han sido buenos.

Metodología de trabajo:

1. Proponer en los primeros días del curso una lista de temas de entre los cuales los/las estudiantes deberán elegir aquellos que más les interesen.
2. Dar de alta los seminarios en la plataforma Studium Plus y abrir una wiki para cada uno de ellos con el objetivo de que vayan añadiendo información sobre el tema propuesto, incluyendo noticias periodísticas (realidad social), regulación jurídica al respecto (normativa) y tratamiento jurisprudencial de la materia.
3. Cada seminario tendrá un cronograma de realización que se acomodará a la impartición del programa de la asignatura y que se proporcionará junto con los

seminarios. Cada seminario wiki finalizará con un seminario presencial que impartirá un/a profesor/a especialista en la materia tratada.

4. Al finalizar el curso, los/las participantes en esta actividad realizarán una encuesta para valorar el grado de satisfacción de la actividad realizada

5. El/la alumno/a que haya participado con aprovechamiento en la elaboración de los seminarios podrá aportar hasta un punto a su calificación final en la asignatura.

La profesora de cada grupo tendrá una sesión inicial con todos los/las estudiantes interesados/as, en la que explicará la dinámica de los seminarios, el funcionamiento de la wiki en Studium Plus y proporcionará una serie de indicaciones para realizar las búsquedas bibliográficas y jurisprudenciales.

Recursos a emplear:

Plataforma virtual de enseñanza Studium Plus; bases de datos bibliográficas y jurisprudenciales; acceso a la web.

Calendario previsto:

Curso 2015/2016 conforme a lo especificado anteriormente.

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO I DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2015/2016 (Profesora María del Mar Velázquez Sánchez)

MEMORIA DEL PROYECTO DE INNOVACIÓN DOCENTE “SEMINARIOS WIKI INTERACTIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CON COMPLEMENTO-REFUERZO DE SEMINARIOS PRESENCIALES IMPARTIDOS POR ESPECIALISTAS EN LOS TEMAS PROPUESTOS (ID2015/20), DESARROLLADO DURANTE EL CURSO 2015/2016 POR LOS ALUMNOS DE GRUPO I DEL GRADO EN DERECHO, EN LA ASIGNATURA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

TÍTULO DEL SEMINARIO:

Derecho Internacional Privado institucional europeo en materia de obligaciones extracontractuales: la interpretación del foro especial contemplado en el art. 7.2 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición).

TEMAS TRATADOS Y ALUMNOS PARTICIPANTES:

1.- Justificación y fundamentación jurídica de los foros especiales

Celia Carrillo Gallego

Fernando Baile Zapatero

2.- La interpretación restrictiva de los foros especiales en materia de obligaciones extracontractuales

Ana García de Paz

Aurora Díaz del Cerro

Laura Almohalla Hernández

Adrián Bande Otero

Eva Ramos Ramos

Ana María Barbero Arroyo

Nuria Alfageme Miguélez

Nerea Bueno Gil

3.- Concreción de la materia “delictual” o “cuasidelictual”

Gabriel Fernández García

4.- Casos de especial dificultad interpretativa

José Carlos Oropesa Tamés

Tania Gregorio Marques

5.- El foro del «lugar de producción del hecho dañoso»

Mercedes Gómez Martín

Arturo Codón Juan

María Esteva Beloso

Ana Rute Magalhaes Medeiros

Laura Amo Alonso

Andrea Alonso Sánchez

Paula Bayona Mateu

Cristina Clemente Domínguez

Patricia Costas Hermida
Raquel da Costa Dias
Nuria Calzado Torres

6.- Otros problemas susceptibles de plantearse

Cynthia Zárate Pérez
Wenbo Zhou

SUMARIO:

1.- Justificación y fundamentación jurídica de los foros especiales

1.1.- ¿Cabe justificar la existencia de los foros especiales en atención al principio de proximidad?

*Análisis de la STJCE 27 octubre 1998 (As. C-51/97), Reunion Européenne SA / Spliethoff's y otros, por **Celia Carrillo Gallego***

1.2.- ¿Se busca, al establecer los foros especiales, que no resulte favorecida ninguna de las partes?

*Análisis de la STJCE 11 enero 1990 (As. C-220/88), Dumez et Tracoba / Hessische Landesbank, por **Fernando Baile Zapatero***

2.- La interpretación restrictiva de los foros especiales en materia de obligaciones extracontractuales

2.1.- ¿Los foros especiales actúan de forma alternativa respecto del foro del domicilio del demandado?

*Análisis de la STJCE 1 marzo 2005 (As. C-281/02), Owusu / Jackson, por **Ana García de Paz***

2.2.- ¿Cabe la posibilidad de aplicar analógicamente los foros especiales en materia de obligaciones extracontractuales?

*Análisis de la STJCE 17 junio 1992 (As. C-26/91), Jacob Handte / Mécano Chimiques, por **Aurora Díaz del Cerro***

2.3.- ¿Es necesario probar, para que actúe el foro previsto en el art. 7.2 Reglamento 1215/2012, que se ha producido efectivamente un “daño”?

*Análisis de la STJUE 19 abril 2012 (As. C-523/10), Wintersteiger AG / Sondermaschinenbau GmbH, por **Laura Almohalla Hernández***

2.4.- ¿Resulta aplicable el art. 7.2 Reglamento 1215/2012 cuando se ejercita una acción de responsabilidad derivada de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su autoridad?

*Análisis de la STJCE 15 febrero 2007 (As. C-292/05), Eirini Lechouritou / Dimosio tis Omospondiakis y de la STJCE 15 mayo 2003 (As. C-266/01), Préservatrice foncière TIARD / Saat der Nederlanden, por **Adrián Bande Otero***

*Análisis de la STJCE 14 noviembre 2002 (As. C-271/00), Steenbergen / Luc Baten, por **Eva Ramos Ramos***

2.5.- Dado que el art. 7.2 Reglamento 1215/2012 otorga competencia a los tribunales de un Estado miembro en cuyo territorio se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso, ¿qué debe entenderse por “territorio de un Estado miembro”?

*Análisis de la STJCE 5 febrero 2004 (As. C-18/02), DFDS Torline / SEKO, por **Nuria Alfageme Miguelez***

*Análisis de la STJCE 27 febrero 2002 (As. C-37/00), Weber / Universal Ogden, por **Nerea Bueno Gil***

*Análisis de la STJCE 27 octubre 1998 (As. C-51/97), Reunion Européenne SA / Spliethoff's y otros, por **Ana María Barrbero Arroyo***

3.- Concreción de la materia “delictual” o “cuasidelictual”

3.1.- La interpretación del concepto de “materia delictual o cuasidelictual”

*Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez, por **Gabriel Fernández García***

4.- Casos de especial dificultad interpretativa

4.1.- ¿Merece la calificación de “contractual” la acción ejercitada por el subadquirente de un producto contra el fabricante del mismo?

*Análisis de la STJCE 17 junio 1992 (As. C-26/91), Jacob Handte / Mécano Chimiques, por **José Carlos Oropesa Tamés***

4.2.- ¿Cómo ha de calificarse la “responsabilidad precontractual”?

*Análisis de la STJCE 17 septiembre 2002 (As. C-334/00), Tacconi / Wagner, por **Tania Gregorio Marques***

5.- El foro del «lugar de producción del hecho dañoso»

5.1.- ¿Cuál es el “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” cuando se trata de un “ilícito a distancia”?

*Análisis de la STJUE 3 abril 2014 (As. C-387/12), Hi Hotel HCF SARL / Uwe Spoering, por **Mercedes Gómez Martín***

5.2.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño”?

*Análisis de la STJCE 16 julio 2009 (As. C-189/08), Zuid-Chemie BV / Filippo's, por **Arturo Codón Juan***

5.3.- ¿Cuál es el “lugar en el que se produce hecho causal de daño” en los supuestos de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos?

*Análisis de la STJUE 16 enero 2014 (As. C-45/13), Andreas Kainz / Pantherwerke AG, por **María Esteva Beloso***

5.4.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando se trata de una difamación en prensa escrita?

*Análisis de la STJCE 7 marzo 1995 (As. C-68/93), Fiona Shevill / Presse Alliance, por **Ana Rute Magalhaes Medeiros***

5.5.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando se trata de una información vertida en Internet?

*Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez, por **Laura Amo Alonso***

5.6.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando éste deriva de anuncios o publicidad en Internet?

*Análisis de la STJUE 19 abril 2012 (As. C-523/10), Wintersteiger AG / Sondermaschinenbau GmbH, por **Andrea Alonso Sánchez***

5.7.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” cuando se produce un perjuicio material para una víctima directa?

*Análisis de la STJCE 16 julio 2009 (As. C-189/08), Zuid-Chemie BV / Philippos, por **Paula Bayona Mateu***

5.8.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” en una reclamación derivada de un daño al derecho de la personalidad causado mediante publicación escrita?

*Análisis de la STJCE 7 marzo 1995 (As. C-68/93), Fiona Shevill / Presse Alliance, por **Cristina Clemente Domínguez***

5.9.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” en una reclamación derivada de un daño al derecho de la personalidad causado por una información vertida en Internet?

*Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez y de la STJUE 3 octubre 2013 (As C-170/12), Peter Pinckney / KDG Mediatech AG, por **Patricia Costas Hermida***

*Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez, por **Raquel da Costa Dias***

5.10.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” en una reclamación derivada de un daño a la propiedad intelectual o industrial producido a través de Internet, cuando el derecho perjudicado no requiere, para su existencia, su inscripción registral?

*Análisis de la STJUE 3 octubre 2013 (As C-170/12), Peter Pinckney / KDG Mediatech AG, por **Nuria Calzado Torres***

6.- Otros problemas susceptibles de plantearse

6.1.- ¿Cabe interponer una demanda contra varios sujetos, en virtud del foro previsto en el art. 7.2 Reglamento 1215/2012?

*Análisis de la STJUE 3 abril 2014 (As. C-387/12), Hi Hotel HCF SARL / Uwe Spoering, por **Cynthia Zárate Pérez***

*Análisis de la STJUE 16 mayo 2013 (As. C-228/11), Melzer - MF Global UK Ltd., por **Wenbo Zhou***

DESARROLLO DEL SEMINARIO:

1.- Justificación y fundamentación jurídica de los foros especiales

1.1.- ¿Cabe justificar la existencia de los foros especiales en atención al principio de proximidad?

Análisis de la STJCE 27 octubre 1998 (As. C-51/97), Reunion Européenne SA / Spliethoff's y otros

La petición de decisión prejudicial (amparada en el art. 267 del TFUE) planteada por el Bundesgerichtshof tiene por objeto la interpretación del artículo 7 apartados 2 y 3 relativos a la responsabilidad extracontractual del Reglamento 1215/2012.

Dicha petición se presenta en el marco de un litigio entre Folien Fischer AG y Fofitec AG por una parte y Ritrama SpA por otra; con domicilio social en Suiza y Italia respectivamente relativo a la demanda de aquéllas, cuya intención era obtener una declaración negativa de que no existía responsabilidad delictual en materia de competencia (de la que le acusaba Ritrama SpA).

<<Fischer constituye una empresa de alcance mundial con cuatro áreas de negocio: sistemas de fijación, automotive systems, fischertechnik y consultoría de procesos, es decir se dedica al desarrollo, fabricación y venta de productos de papel plastificado y láminas plásticas. Comercializa, particularmente en Alemania, material de soporte para formularios de tarjetas en rollo continuo. Mientras que Fofitec AG es una empresa que pertenece al mismo grupo que Folien y es titular de patentes que protegen determinados formularios para la transmisión de un escrito junto con un carné de miembro o similar, así como el material de soporte para esos formularios de tarjetas>>.

<<Ritrama Spa desarrolla, produce y comercializa láminas y plásticos refinados de distintos tipos>>.

Fue en el mes de Marzo de 2007, cuando **Ritrama Spa** considerando que la política de distribución de Fofitec y su negativa a otorgar derechos de patentes eran contrarias al Derecho de la Competencia de la UE, formuló un escrito.

Tras recibir el escrito, formularon tanto **Fischer como Fofitec** la negativa en base al objeto es decir: **una acción declarativa negativa** referente a que se declarara que Folien Fischer no estaba obligada a abandonar sus prácticas comerciales en lo relativo a los descuentos y el contenido de los contratos de distribución y a su vez que Ritrama no tenía ningún derecho a exigir el cese de dichas prácticas ni a reclamar una indemnización por este concepto; dicha acción fue planteada ante el Landgericht Hamburg (Alemania).

Este tribunal declaró la inadmisibilidad de la acción declarativa negativa, que además fue confirmada en fase de apelación posteriormente por otro tribunal superior.

En su resolución, **este último tribunal no admitió la competencia de los tribunales alemanes, basándose en que la competencia en materia delictual prevista en el artículo 7, número 2, del Reglamento nº 1215/2012 no comprende una acción declarativa negativa como la ejercitada por**

Folien Fischer y Fofitec; interpretación sensu contrario del citado artículo puesto que tal acción tiene precisamente por objeto que se declare que no se ha incurrido en ninguna actuación delictual.

El Bundesgerichtshof que debe resolver en casación (puesto que Fofitec y Fischer plantearon recurso) se plantea de este modo si la competencia judicial prevista en el artículo 7, número 2, del Reglamento n° 1215/2012 también está fundada cuando el autor potencial del daño ejercita una acción declarativa negativa porque pretende que se declare que a los potenciales perjudicados no les corresponde ningún derecho derivado de un posible acto ilícito del que se le acusa.

En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Debe interpretarse **el artículo 7, número 3, del Reglamento 1215/2012** en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual *también comprende una acción declarativa negativa mediante la cual el potencial autor del daño pretende que se declare que al potencial perjudicado no le corresponde ninguna acción derivada del acto ilícito* (en el caso de autos, infracción del Derecho de la competencia)?»

¿Está amparada bajo el art. 7.2 R 1215/2012 una acción declarativa negativa de responsabilidad extracontractual?

Ritrama alega sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial:

- La impertinencia de una cuestión prejudicial, basándose en que su primera solicitud fue amistosa y no tenía como intención iniciar acciones judiciales contra la empresa Fischer ni otras del grupo.

- Alega que el acto ilícito no ha podido cometerse de ninguna forma en Alemania puesto que no opera ni Fischer ni Fofitec en tal lugar. Es por esta razón por la que alegan que los tribunales alemanes no pueden fomentar su competencia en el citado artículo 7 del Reglamento 1215/2012.

El TJUE:

- Por otra parte jurisprudencia reiterada del TJUE, se ampara en que corresponde al Tribunal nacional examinar acorde con las circunstancias del caso si procede elevar cuestión prejudicial; si a la luz de éste le surgen dudas en relación con la interpretación de los preceptos del Reglamento 1215/2012.

- Y corresponde a su vez al TJUE la negativa de admitirla si no hay conexión entre el derecho de la UE y la cuestión planteada.

- No siendo competencia de Ritrama Spa el examen de dicha admisibilidad.

El tribunal resuelve la cuestión prejudicial de la siguiente forma, aclarando SI PROCEDE UNA ACCIÓN DECLARATIVA NEGATIVA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL formulada bajo el art. 7.2 del R 1215/2012:

Debido a que los artículos del Reglamento deben interpretarse de forma autónoma, atendiendo a los objetivos y los principios generales de seguridad jurídica imperantes en los Estados Miembros.

También deben interpretarse de forma parecida al Convenio de Bruselas de 1968.

Teniendo en cuenta el considerando n° 12...

Cabe declarar que:

En un primer examen del artículo, la interpretación literal no nos permite excluir la acción negativa.

La regla de competencia especial atribuye competencia a los tribunales de un determinado estado **'donde pueda producirse o se haya producido'** el hecho dañoso o ilícito' para conocer de un determinado asunto relativo a una acción en materia extracontractual, **aquí nos surge la pregunta de si los tribunales alemanes tiene dicha competencia.**

La regla de competencia especial puede sustituirse según jurisprudencia y doctrina por la **'conexión del litigio'** o de **'algún elemento de éste'** con el lugar en el que se pretende formular la acción.

Por lo tanto hay que examinar si Alemania tiene competencia para conocer, en relación con los dos puntos de conexión mencionados de una acción tan particular como es la negativa mencionada en los párrafos anteriores.

Examinamos las siguientes cuestiones:

- Hay una inversión del demandante puesto que es el potencial causante del daño ilícito, no siendo esto relevante para excluir este artículo de la aplicación del art. 7.2 del Reglamento.

- Es diferente los intereses que pretenden uno y otro, en la acción de declaración de hecho ilícito así como en la negativa.

En la primera se pretende demandar a una persona por causante de hecho ilícito y en la segunda el demandante pretende que no se le declare causante de éste mismo. Si bien el Tribunal de Justicia de la UE alega que el examen a realizar de los elementos de hecho y derecho es el mismo.

- Cuestión clave nos la proporciona **la Sentencia Tatry de 1994**, que proporciona una interpretación del art. 27 del antiguo Reglamento 44/2001 (actual artículo 29), que enuncia en su FALLO que **'UNA DEMANDA QUE TIENE POR OBJETO LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE UN DETERMINADO HECHO ILÍCITO A UNA PERSONA DETERMINADA, TIENE EL MISMO OBJETO Y CAUSA QUE OTRA CUYO OBJETO SEA LA NEGATIVA DE ESA DECLARACIÓN POR PARTE DEL SUPUESTO SUJETO AL QUE SE LE ATRIBUYE EL HECHO ILÍCITO'**.

El tribunal de Justicia de la UE, concluye que la acción negativa declarativa no está excluida del ámbito de aplicación del artículo 7.1 tan sólo hay que examinar los PUNTOS DE CONEXIÓN de los tribunales alemanes en base a los criterios mencionados: si dichos tribunales del lugar en el que se ha producido o puede producirse el hecho ilícito tiene alguna conexión con éste o en atención a algún criterio de conexión como puede ser el 'principio de proximidad'; es decir la designación de aquellos órganos que atendiendo a la naturaleza de la cuestión litigiosa tienen o presentan alguna conexión o vinculación más estrecha con el litigio.

<<En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición>>.

1.2.- ¿Se busca, al establecer los foros especiales, que no resulte favorecida ninguna de las partes?

Análisis de la STJCE 11 enero 1990 (As. C-220/88), Dumez et Tracoba / Hessische Landesbank

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante una pregunta básica: la imparcialidad. Con la aplicación del Convenio de Bruselas y el actual Reglamento 1215/2012 se establecen una serie de normas para decidir qué tribunal será competente para conocer de ciertos asuntos en los que entren en conflicto. Parece sencillo pero nos surge la duda de si en esta elección de tribunal hay la suficiente imparcialidad y que el tribunal elegido no obre en favor de una de las partes.

La sentencia anexa a este tema que tratamos, la Sentencia de 11 de enero de 1990 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-220/88, hace pronunciarse al Tribunal sobre qué Tribunal es competente para conocer de unos daños indirectos y deja caer, junto con las conclusiones del Abogado General, la posición sobre el tema que nos ocupa.

¿QUÉ SON LOS FOROS ESPECIALES?

Explicación somera

Los foros especiales son aquellos foros regulados por la Ley por los que se dirige un cierto pleito a un tribunal predeterminado por razón de su materia.

Estos foros especiales indican de manera directa el órgano judicial que será competente actuando en una doble función de foro de competencia judicial internacional y además como foro de competencia territorial interna¹. Qué mejor ejemplo que el que nos ocupa: en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado podrán ser demandadas ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.

Gracias a estos foros no se aplicará el lugar de domicilio como foro general, sino que se aplicará el que indique dicho foro especial. Con esta designación de foros especiales lo que se consigue es aproximar el asunto al tribunal que mejor conozca materialmente del asunto. Si seguimos con nuestro caso, qué mejor tribunal conocerá que el que conoce de los hechos dañosos principales.

Art. 5.3 del Convenio de Bruselas

Pese a la regulación actual, el caso que nos ocupa y que usamos como paradigma del tema a comentar se refiere al Convenio de Bruselas de 1968. Este convenio es un antecedente del actual Reglamento 1215 de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Este artículo nos indicaba lo siguiente:

¹ Siguiendo a Velázquez Sánchez, M. M y Fernández Rozas, J. C.

«Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

3. En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.»

De esta manera, si nos encontrábamos en un caso relativo a materia delictual o cuasidelictual podíamos acudir al tribunal de donde se hubiera producido el daño.

El problema de este artículo en la sentencia radica en que, al producirse un daño indirecto dado por la insolvencia de sus filiales al abandonar un programa de construcción y la retirada de los créditos por los bancos, si se podrá aplicar este foro especial o se deberá acudir al foro general de domicilio del demandado.

Actualidad

En la actualidad, los foros especiales por razones de materia se encuentran en el artículo 7 al 23 del Reglamento 1215/2012 y en los artículo 5 a 21 del Convenio de Lugano.

Hoy día hay una gran variedad de foros especiales de manera que se protegen situaciones que antes no se regulaban en el Convenio de Bruselas, como por ejemplo la materia de consumidores, siendo una legislación novedosa que en aquél entonces aún no se regulaba.

EL DAÑO Y LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE. ASUNTO C-220/88

Posición de los demandantes.

Las sociedades Specer y Tracoba, en cuyos derechos se subrogan Dumez France y Oth Infrastructure (que en adelante serán “sociedades Dumez y otros”), buscan la reparación del daño que, según ellas, sufrieron por la insolvencia dada por el abandono de un programa de construcción de inmuebles que se iban a construir en la República Federal de Alemania por un promotor alemán. Este abandono por parte del promotor se debe a la revocación por los bancos alemanes de los créditos que le concedieron al dicho promotor.

Las sociedades Dumez y otras procedieron a denunciar estos daños en el foro de su domicilio, en Francia, pero las distintas instancias fueron rechazando conocer de este asunto alegando que no había suficientes motivos para traer el procedimiento de la República Federal de Alemania hasta Francia, debiendo de conocerse el caso allí, de manera conexas a los daños principales.

Ante esta situación, las sociedades Dumez y otros alegaron la situación que se había dado en el caso Mines de potasse d’Alsace SA² donde “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, del art. 5.3 del Convenio de Bruselas, se puede entender como el lugar donde se produjo el hecho dañoso o donde sus efectos se hacen ver. Siguiendo esta explicación, las sociedades Dumez y otros indicaron que podría conocerse de estos hechos en su domicilio social y no allí donde se habría producido el hecho, en la República Federal de Alemania.

Posición del Abogado General.

El Abogado General, Sr. Marçó Darmon, busca centrar en sus conclusiones el tema en un doble aspecto. Por un lado buscará la respuesta sobre si se puede

² Sentencia de 30 de noviembre de 1976, G. J. Bier BV contra Mines de potasse d’Alsace SA, 21/76, Rec.176, p. 1735.

identificar el lugar donde se sufre el daño indirecto en el domicilio de la víctima. Por otro lado, determinar el lugar donde sufre el daño una víctima indirecta.

El Abogado General comienza sus conclusiones indicando que según la sentencia del caso Mines de potasse d'Alsacia el art. 5, en su apartado tercero, establecen una gran diversidad de tipos de responsabilidad. Así las cosas, el Abogado General considera que, siguiendo una vez más el caso anteriormente nombrado, no deberán de disociarse el lugar de realización de los hechos dañosos del lugar donde se materializaron dichos daños, siendo un elemento esencial para la competencia judicial.

El Abogado General busca casos similares encontrándolos en órganos jurisdiccionales nacionales. En ellos encuentra situaciones como las que nos ocupan. Un ejemplo es el que se produjo en Holanda³. Aquí indicó el tribunal que el patrimonio afectado podría estar en cualquier lugar, sufriendo los daños en cualquier lugar, debiendo de entender al lugar donde se produjo el daño y no donde se materializaron los daños.

El Abogado General no olvida que algunos ordenamiento jurídicos de Estados miembros no conocen la figura del daño causado por vía indirecta. Eso sí, allí donde se conoce esta figura nunca se han separados las dos clases de daños.

El Abogado General indica que si se permite la dispersión de acciones entablándolas en diferentes lugares aumenta el riesgo a que se dicten resoluciones inconciliables y que sea ello un motivo para la denegación del procedimiento de reconocimiento de sentencias (también conocido como *exequatur*).⁴

Por todo ello, el Abogado General solicita que se aplique el foro especial del apartado 3 del art. 5 del Convenio de Bruselas y que allí donde se produce el daño de la víctima inicial se produce el daño del resto de víctimas indirectas.

¿SALE, ENTONCES, ALGUNA PARTE FAVORECIDA? FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Justicia ante este caso sigue usando la sentencia del caso Mines de potasse d'Alsace pero resalta un hecho: este caso habla de unas víctimas que sufrieron unos daños producidos por el vertido a un río de materiales salinos intoxicando sus cosechas. Sufrieron este daño por efecto directo del agente causal, esto es el desplazamiento físico de los vertidos salinos a través de la corriente del río⁵. De ahí que pudieran conocer de los hechos los tribunales de su domicilio.

En el caso que nos ocupa, las sociedades Dumez y otras sufrieron daños por el hecho de que sus filiales entraran en pérdidas por la revocación de los créditos al promotor de los inmuebles que se construían. De esta manera, es claro que los hechos dañosos que sufrieron las sociedades Dumez y otros son producto de unos daños principales y por ello deberán de conocerse en el sitio donde se produjeron los hechos dañosos principales puesto que por ese motivo se crearon dichos foros especiales, para que todos los hechos dañosos relacionados se conocieran en un mismo tribunal de manera que se aplique la Justicia correctamente y no haya problemas de dispersión de la acción judicial.

Así las cosas, el Tribunal indica que deberá de conocerse el caso en el lugar donde se produjo el hecho dañoso, puesto que no hay otro motivo más fuerte para que se pueda trasladar de lugar la acción judicial.

³ Mecoma BV/Stahlhandel GmbH, *Répertoire de jurisprudence de droit communautaire*, I-5.3-B7

⁴ Fundamento 50 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Marco Darmon, presentadas el 23 de noviembre de 1989 sobre el Asunto C-220/88

⁵ Fundamento 12 de la sentencia del Tribunal de Justicia en la sentencia de 11.1.1990 sobre el Asunto C-220/88.

Con la creación de los foros especiales se persigue que no salgan partes favorecidas, sino que se busca la unión de acciones y que no se busque, con actos de engaño o fraude, la denegación del *exequatur* y así huir de una resolución desfavorable en otro foro.

Con un foro especial conseguimos encauzar un procedimiento hacia un foro previamente indicado con el fin de que no salgan las partes favorecidas pudiendo acudir a la elección del tribunal que mejor se adapte a sus necesidades, o al tribunal de su domicilio, y que quizás sea más receptivo con sus solicitudes. Por ello, la respuesta es clara: sí, al establecer foros especiales buscamos que ninguna parte salga favorecida.

Fernando Baile Zapatero

2.- La interpretación restrictiva de los foros especiales en materia de obligaciones extracontractuales

2.1.- ¿Los foros especiales actúan de forma alternativa respecto del foro del domicilio del demandado?

Análisis de la STJCE 1 marzo 2005 (As. C-281/02), Owusu / Jackson

El domicilio del demandado en territorio de la Unión es presupuesto general de aplicación del Reglamento 1215/2012 (antiguo Convenio de Bruselas 1968 del que habla la STJCE 1 MAYO 2005-OWUSU) al tiempo que opera como foro general de atribución de competencia. El criterio es la expresión de una regla tradicional en el derecho procesal de los Estados miembros (*actor sequitur forum rei*) pues, en principio, nadie como el juez del domicilio del demandado puede apreciar su situación patrimonial concreta de cara a los efectos de condena y simultáneamente facilita las posibilidades de defensa de la parte demandada.

En el Reglamento 1215/2012 el domicilio del demandado es un foro subsidiario respecto de los exclusivos. Significa esto que no versando la materia litigiosa sobre alguna de las materias objeto de foros de competencia exclusiva, el demandado puede serlo ante los tribunales de su domicilio. Respetados los foros exclusivos de competencia, el foro general del domicilio del demandado deja de ser operativo si, existiera una cláusula de jurisdicción válidamente acordada, o si a instancia del demandante, se activa alguno de los foros especiales o facultativos de competencia (arts. 5,6 y 7 Reglamento 1215/2012.)

Esto significa que si bien, en el Reglamento 1215/2012, con carácter general son competentes los tribunales del domicilio del demandado, el demandante tiene además la opción de interponer la demanda ante tribunales distintos de éste si así le conviene.

Hay foros que amplían las posibilidades de defensa del demandante y no son excepciones al foro general del domicilio del demandado. Son los foros especiales o facultativos en sentido estricto y foros particulares por razón de la materia.

En cuanto a los primeros, las reglas contenidas en los artículos 5 y 6 del Convenio de Bruselas de 1968 (actuales art. 7 y 8 del Reg.1215/2012) son, en rigor, los denominados foros facultativos o alternativos para el demandante; es decir, puede interponer la demanda ante el domicilio del demandado o ante cualquiera de los foros recogidos en los artículos 5 y 6. Son también foros especiales por razón de la materia pues en todos ellos, el legislador ha tratado de asignar a la materia litigiosa el tribunal geográficamente más próximo o el que mejor se puede adecuar a una correcta administración de la justicia.

Además la existencia de estos foros alternativos se justifica también en la obtención de una buena administración de justicia como se indica en el preámbulo del Reglamento 1215/2012: "El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia"

En relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1 marzo 2005- OWUSU: Se interpone una demanda ante los tribunales Ingleses por parte del Sr Owusu en la que se alega un incumplimiento contractual por parte del Sr Jackson.

El Sr Owusu estaba unido por una relación contractual al Sr Jackson en la cual, este último, alquilaba un apartamento en Jamaica que disponía de playa privada y en el que, se entendía implícito la seguridad de dicha playa, según el Sr. Owusu. Tras sufrir un accidente en la citada playa interpone la demanda contra el Sr. Jackson y otras empresas jamaicanas con propiedades que permitían el acceso a la playa privada.

Una vez interpuesta la demanda el órgano jurisdiccional fundamenta su competencia en el art. 2 del Convenio de Bruselas de 1968 al estar el demandado domiciliado en Reino Unido. Los demandados del proceso proponen una declinatoria ante el Tribunal Inglés por considerar la presencia de un foro alternativo, lugar de cumplimiento de la obligación, en Jamaica.

Denegada esta declinatoria, los demandados interponen recurso de apelación ante la Court of Appel, determinando esta que no puede fundamentarse la competencia de los tribunales jamaicanos en el art.5 del Convenio puesto que no son estados contratantes, se plantean otras dudas respecto al *forum non conveniens* (no desarrolladas por la escasa relación con el tema planteado) así como la imperatividad o no del artículo 2 del Convenio de Bruselas lo que conduce al órgano jurisdiccional a plantear una cuestión prejudicial al TJUE (entonces TJCE).

En respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas y, por considerar la respuesta de interés para desarrollar la pregunta estudiada, el Tribunal de Justicia delimita la situación planteada donde existe un litigio con demandante y demandado domiciliados en un estado miembro del Convenio pero a la vez puntos de conexión del litigio con otro Tribunal de un Estado no miembro.

Resuelve sobre la aplicabilidad del artículo dos indicando que basta con que exista un elemento internacional en el litigio para su aplicabilidad , así el hecho de que estén implicados en la situación litigiosa un estado contratante y un estado tercero también le dota de internacionalidad ,siempre que el demandado o uno de los demandados este domiciliado en un estado miembro.

Además puntualiza que el artículo 5 en el que se basaban los demandantes para poder acudir no puede obligar a los tribunales jamaicanos al no tratarse de Estado parte en el Convenio. A este respecto se pronuncia diciendo "En contra de la tesis de aplicabilidad de dicho artículo 2 a una situación jurídica en la que estén implicados un único estado contratante y uno o varios estados contratantes, las demandas en el procedimientos principal y el Gobierno del Reino Unido alegan el principio del efecto relativo de los tratados, en virtud del cual el Convenio de Bruselas no puede imponer obligación alguna a los Estados que no hayan manifestado su consentimiento para quedar obligados por dicho Convenio"

En respuesta a la pregunta sobre la alternatividad o no de los foros especiales respecto al foro del domicilio del demandado concluyo que son, en efecto, foros alternativos que se les brindan a las partes con el objetivo de o, por un lado proteger a

las partes débiles que puedan existir en el litigio o bien, permitir que un tribunal más conexo con el asunto resuelva el litigio.

Ana García de Paz

2.2.- ¿Cabe la posibilidad de aplicar analógicamente los foros especiales en materia de obligaciones extracontractuales?

Análisis de la STJCE 17 junio 1992 (As. C-26/91), Jacob Handte / Mécano Chimiques

INTRODUCCIÓN

Las reglas de competencias especiales o exclusivas constituyen excepciones al principio general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en cuyo territorio se halla domiciliado el demandado, como establece el párrafo primero del art. 2⁶.

Entre ellas, en el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio (hoy art. 7.1 a) del Reglamento 1215/2015) se aclara la competencia en materia contractual y en el párrafo 3 del mismo art. la competencia en materia delictual.

No obstante, en el caso en que nos ocupa surge la cuestión de si el litigio entre el subadquirente de una cosa y el fabricante, que no es el vendedor puede interpretarse como materia contractual o, por el contrario, debe interpretarse como materia delictual.

Para resolver la cuestión daremos un concepto de ambos términos y resolveremos la cuestión analizando la sentencia y las conclusiones del Abogado General.

CONCEPTO

Concepto de responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual puede ser definida como la responsabilidad civil que resulta del incumplimiento de una obligación en la que una persona es deudora de otra con arreglo a un acuerdo libremente celebrado entre ellas⁷.

Según reiterada jurisprudencia del TJUE la materia contractual en el sentido del punto 1 del art. 5 del Convenio, debe ser interpretada como un concepto autónomo, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Convenio, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados contratantes; por ello, este concepto no puede interpretarse como una remisión a la calificación dada por la ley nacional aplicable a la relación jurídica que se debate ante el órgano jurisdiccional nacional⁸.

Concepto de responsabilidad delictual

La responsabilidad delictual puede ser definida como la responsabilidad civil que resulta del incumplimiento de una obligación impuesta por la Ley independientemente de cualquier acuerdo entre las partes⁹. Este concepto, según el TJUE, también ha de ser objeto de una interpretación autónoma.

⁶ En este trabajo las referencias a los artículos se entenderán hechas al Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, puesto que la sentencia objeto de análisis se refiere a dicho convenio.

⁷ SR. F.G. JACOBS, *Conclusiones del Abogado General*, presentadas el 8 de abril de 1992, párrafo 16.

⁸ Párrafo 10 del asunto C- 26/91 STJUE, sentencia Handte.

⁹ SR. F.G. JACOBS, *Conclusiones...*, op. cit. en nota 1 párrafo 16.

Por otra parte, la doctrina, teniendo en cuenta la sentencia objeto de análisis junto a otras considera que la responsabilidad delictual comprende toda acción dirigida a reclamar la responsabilidad de un sujeto y llamada a reparar un daño (indemnización o cesación), a solicitar la exoneración de responsabilidad, o en prevención, ya sea responsabilidad por culpa u objetiva, ya derivada de un acto u omisión, y que no pueda entenderse como contractual, esto es, cuando la responsabilidad no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una parte frente a la otra¹⁰.

CUESTIÓN PREJUDICIAL

En el asunto C-26/91 (caso Handte) se plantea la cuestión prejudicial siguiente:

«El punto 1 del artículo 5 del Convenio, que establece una norma de competencia especial en materia contractual, ¿es aplicable al litigio entablado entre el subadquirente de una cosa y el fabricante, que no es el vendedor, por defectos de la cosa o por no ser adecuada para el uso al que estaba destinada?».

En primer lugar, el concepto de materia contractual no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra.¹¹ Por lo tanto, es preciso averiguar que no exista ninguna obligación entre ambos como consecuencia del contrato.

El TJUE ha declarado que el concepto de "en materia de delitos o cuasidelitos" comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la "materia contractual" en el sentido del punto 1 del artículo 5¹², es decir, la materia delictual tiene una naturaleza residual frente a la contractual, siempre y cuando se den las condiciones para poder hablar de este última, como hemos dicho en el párrafo precedente.

El problema, según Handte Alemania, es que han calificado la demanda de acuerdo con la *lex fori*, es decir, derecho francés, lo que ha supuesto que se tratase a la misma como una acción contractual. Por el contrario, la mercantil considera que dicha calificación es inexistente debido a la falta de vínculo contractual, debiendo haber recibido una calificación autónoma¹³.

El Gobierno alemán no acepta la calificación del tribunal francés puesto que la misma no es aceptada por ejemplo por el Derecho alemán, que la considera delictual. Por su parte, la Comisión tras realizar un estudio comparativo entre los Derechos de los Estados contratantes y alegar la mencionada sentencia Kalfelis considera que hay un vínculo contractual bajo la forma de una cadena de contratos que relaciona a ambas partes¹⁴.

No obstante, para el Abogado General carece de excesiva trascendencia la calificación adoptada por los Derechos de los Estados contratantes, puesto que, esencialmente, la cuestión debe ser resuelta en relación con el sistema y los objetivos del Convenio¹⁵.

A continuación, el Abogado General analiza las posibles consecuencias de aplicar la acción bien como contractual bien como delictual. De esta manera, en favor de la primera posición alega que la legitimación activa del subadquirente no surge con

¹⁰ MASEDA RODRÍGUEZ, J.: «Reflexiones en torno al régimen aplicable a las reclamaciones relativas a responsabilidad no contractual en el ámbito judicial europeo». Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 19, N.2 (2010), pp. 177-235. ISSN 1132-9947

¹¹ Párrafo 15 del asunto C- 26/91 STJUE, Sentencia Handte.

¹² Párrafo 17 del asunto C-189/87 STJUE, Sentencia Kalfelis.

¹³ Párrafo 7 del asunto C- 26/91 STJUE, Sentencia Handte

¹⁴ SR. F.G. JACOBS, Conclusiones ..., op cit en nota 1 párrafos 8-12

¹⁵ SR. F.G. JACOBS, Conclusiones ..., op cit en nota 1 Párrafo 26

independencia del contrato.¹⁶ Por otro lado, en favor de la tesis delictual menciona la falta de vínculo contractual entre las dos partes, puesto que en este caso parece difícil determinar cuáles son las obligaciones contractuales del fabricante frente al subadquirente, además de que si se calificase como contractual existiría el peligro de que el demandado comparezca ante un tribunal con el que no tiene vínculo real¹⁷.

Por lo tanto, en base a los argumentos expuestos la cuestión prejudicial debe resolverse en el sentido de que el punto 1 del art. 5 no se aplica al litigio entre el subadquirente de una cosa y el fabricante, que no es vendedor, debiéndose aplicar, según el Abogado General el foro del punto 3 del art. 5 del Convenio de 1968, es decir, ha de tratarse de una reclamación de responsabilidad extracontractual.

De esta manera, en relación con las diversas soluciones dadas por el TJUE como por algunos de los Derechos de los Estados contratantes, ARENAS GARCÍA indica que:

«La interpretación estricta del principio de relatividad de los contratos que ha acogido el Tribunal de Luxemburgo dificulta que situaciones que, habitualmente, son consideradas como contractuales en los derechos de los Estados miembros de la comunidad, deban ser tratadas como supuestos delictuales en la aplicación del régimen de Bruselas I»¹⁸.

CONCLUSIÓN

En definitiva, cabe decir que los foros contemplados en los distintos instrumentos europeos de Derecho Internacional privado tienen por objeto permitir que el juez que conozca del litigio es aquel que tenga una mayor relación con el objeto del mismo. Para conseguir este objetivo hemos visto que el TJUE se ha encargado de dar un concepto autónomo tanto de la materia contractual como de la delictual que, en muchas ocasiones, es distinto al que dan los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Por lo tanto, no cabe aplicar los foros especiales en materia de obligaciones contractuales más que en los casos en que, conforme al concepto dado por el TJUE, nos encontremos en un asunto cuyo objeto sea materia contractual, es decir, exista un vínculo contractual entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS GARCÍA, R: «*La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado*». “AEDIPr”, t. VI, 2006, pp. 393-415.

Conclusiones del Abogado General S.R. F.G. JACOBS de 8 de abril de 1992, asunto C – 26/91, Jakob Handte et Cie GmbH y TMCS.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: «*Reflexiones en torno al régimen aplicable a las reclamaciones relativas a responsabilidad no contractual en el ámbito judicial europeo*». Dereito: “Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela”. Vol. 19, N.2 (2010), pp. 177-235. ISSN 1132-9947.

Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1992, asunto C– 26/91, Jakob Handte et Cie GmbH y TMCS.

Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-189/87, Athanasios Kalfelis

¹⁶ SR. F.G. JACOBS, Conclusiones ..., op cit en nota 1 Párrafo 33

¹⁷ SR. F.G. JACOBS, Conclusiones ..., op cit en nota 1 Párrafo 34-37

¹⁸ ARENAS GARCÍA, R: «*La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado*». AEDIPr, t. VI, 2006, pp. 393-415 párrafo 13.

2.3.- ¿Es necesario probar, para que actúe el foro previsto en el art. 7.2 Reglamento 1215/2012, que se ha producido efectivamente un “daño”?

Análisis de la STJUE 19 abril 2012 (As. C-523/10), Wintersteiger AG / Sondermaschinenbau GmbH

INTRODUCCIÓN

La sentencia que nos ocupa versa en torno a la respuesta de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Obester Gerichtshof (Austria) con arreglo al artículo 267 TFUE, al Tribunal de Justicia. La primera de ellas, respecto a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales austriacos en el caso de una supuesta infracción de una marca austriaca cometida a través de internet, donde la demandante es titular de una marca austriaca y la infracción se ha cometido en Alemania ya que es en este país donde la empresa demandada ha establecido la palabra clave “Wintersteiger” en el servicio de Google Alemán.

Nos damos cuenta de que todo ello versa sobre la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, actual 7.2 del Reglamento 1215/2012.

Por otro lado, se plantea una segunda cuestión prejudicial relativa a las medidas cautelares que son solicitadas por la parte demandante con el propósito de que Products 4U se abstenga de utilizar la marca “Wintersteiger”. En cambio, el Tribunal se ciñe exclusivamente a interpretar sobre el fondo del asunto, es decir, la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 dejando de lado esta petición.

El Tribunal para emitir su eficiente fallo cuenta con las conclusiones del Abogado General: Pedro Cruz Villalón, las cuales serán también analizadas.

Explicación Somera y Legislación Aplicable:

Explicación somera:

Desde el año 2008 la empresa demandada introdujo la palabra clave “Wintersteiger” en el sistema publicitario de Google, lo que hacía confundir gravemente a los internautas ya que picando en la palabra clave nos llevaba directamente a la web de Products 4U y no se mencionaba en ningún momento que ambas empresas no tenían ninguna vinculación. Se toma como dato relevante que Products 4U solo incluyó este anuncio en el prestador de Google alemán (-google.de-) y no en el austriaco (-google.at).

Ayudado de los diferentes precedentes judiciales así como de la legislación pertinente, el Tribunal ha ido desgranando la solución, creando criterios y formando explicaciones lógicas a partir de su diferenciación entre: “lugar del hecho dañoso” y “lugar del hecho eventual”, determinando qué tribunales pueden conocer del caso, algo que desarrollare más tarde.

Legislación aplicable:

-Art. 5.3 del Reglamento 44/2001/7.2 del Reglamento 2012/2015: “En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiera producido o pudiese producirse el hecho dañoso”.

Para determinar que nos encontramos ante este foro de competencia y no ante el regulado por el artículo 7.1 por el cual el órgano competente sería el del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación, hay que atender a la acción que ejercitamos cuando esta tenga su fundamento en un contrato, en un compromiso libremente asumido entre las partes, si es así, aplicaremos este artículo 7.1 Reglamento 2012/2015.

En cambio, cuando la acción, como trata el supuesto actual, se dirige a exigir la responsabilidad de una de las partes entonces, el foro de competencia al que tendremos que acudir será al del artículo 7.2 del Reglamento 2012/2015.

(En lo que sigue hare referencia únicamente al Reglamento actual, 2012/2015).

-Artículo 5 Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008: “La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico” b: De cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca está registrada.

Esta Directiva a primera vista no nos ayuda a la tarea de resolución de la cuestión prejudicial concerniente a la competencia jurisdiccional: qué tribunal es el competente, en cambio, sirve de precedente para qué el tribunal tenga claro que lo que se está denunciando por parte de la demandante es un delito, ya se vulnera su derecho exclusivo contenido en dicha legislación europea.

-Artículo 267 TFUE: Este artículo es el que permite al Obester Gerichtshof (Austria) plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal debido a sus dudas en la interpretación del artículo 7.2, y este está obligado a dar solución, la cual puede o no aplicar el órgano nacional.

El daño efectivo y la interpretación de la expresión: “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”

Posición de los demandantes.

En primer lugar, tenemos la parte actora: “Wintersteiger”, empresa establecida en Austria que se dedica a la fabricación y distribución por todo el mundo de material de esquí y snowboard, utilizando como marca el nombre de su propia empresa desde 1993.

La parte pasiva del procedimiento, la empresa demandada: “Products 4U” con domicilio en Alemania, vende accesorios de esquí y snowboard para otras empresas, entre ellas, Wintersteiger, algo que no lo tiene autorizado la empresa demandante. Products 4U fabrica y distribuye por todo el mundo, incluida Austria.

La demandante, consideró que se estaba vulnerando su derecho ya que se habían aprovechado de su marca “Wintersteiger” y por ello ejercitó una acción de cesación ante los tribunales de su país alegando el artículo 7.2 del Reglamento y explicando que los tribunales austriacos serían competentes porque a pesar de haberse incluido el anuncio en el servidor alemán, se podía acceder al servidor desde cualquier lugar del mundo.

Por lo tanto, la demandante escoge la interpretación del Tribunal en el que diferencia dos lugares donde se puede o pudiera producirse el daño: en Alemania, se daría la producción del hecho causal y en Austria la materialización del daño, ambos tribunales serían competentes, y la elección de uno u otro la escoge el que interpone la demanda.

Por otro lado, Producers 4U, se opuso a la interpretación del Tribunal alegada e impugnó la competencia de los Tribunales Austriacos ya que la marca “Wintersteiger” se dirige exclusivamente a los ciudadanos alemanes y nada tiene que ver con Austria.

El órgano jurisdiccional de primera instancia apoyó al demandado y consideró incompetentes a los tribunales austriacos, se recurrió en apelación donde ahora sí que los consideró competentes pero aun así, este desestimó la demanda.

Ante estos hechos, Wintersteiger, recurrió en casación ante el Oberster Gerichtshof el cual decidió suspender el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales (ya mencionadas con anterioridad).

Posición del Abogado General.

Don Pedro Cruz Villalón, basa sus conclusiones en combinar ambos foros de competencia: lugar del hecho dañoso y lugar del hecho eventual, eso sí, se añaden criterios específicos para que se cumplan estos requisitos, haciendo ver que sí, si es necesario probar que se ha producido un daño para poder aplicar el foro del artículo 7.2.¹⁹

Si aplicamos el foro del lugar del hecho dañoso, se tiene que probar que la información cuestionada es posible de producir una lesión a la marca, ya que no basta con que exista esa información en internet sino que tiene que lesionar.

Por lo que respecta al lugar del hecho eventual, se ha de interpretar como el lugar donde se han utilizado todos los medios necesarios para que se produzca la infracción de la marca.

Como criterios comunes a ambos lugares menciona que el impacto ha de ser en el territorio donde está registrada la marca y para determinar cuál es el espacio donde opera la demanda se escoge el criterio del mercado.

El Abogado General va probando todos estos criterios y va recalcando la existencia de una infracción a la marca austriaca: veracidad de la confusión que sea crea a los clientes ya que no les permite diferenciar con que empresa están contactando; el mercado queda fijado como internacional... todo ello, hace llegar a la siguiente conclusión: En referencia al artículo 7.2 del Reglamento, ante un caso en el que se infringe una marca nacional a través de internet, los tribunales competentes serán: Los Tribunales del Estado Miembro donde se encuentra registrada la marca (Austria). Y los Tribunales del Estado Miembro donde se utilizan los medios necesarios para producir una infracción efectiva de una marca registrada en otro estado miembro. (Alemania).

Determinación del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.

Fallo del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de abril de 2012-

El Tribunal sigue en gran medida los pasos del Abogado General, y concluye que serán competentes tanto los tribunales tanto del Estado Miembro en que se encuentra registrada la marca, como los tribunales del Estado Miembro del lugar del establecimiento del anunciante, es decir, los austriacos y alemanes respectivamente.

Concluimos con que dentro de estos delitos denominados a distancia/complejos en los que el hecho ilícito se produce en un estado y el resultado se produce en otro diferente, que según el TJUE, la expresión objeto de litigio debe entenderse en el sentido de que alude a la vez al lugar en el que sobreviene el daño, y al lugar en el que

¹⁹ Conclusiones del Abogado General: Pedro Cruz Villalón (16 de febrero de 2012)

se produce el hecho causal del daño, permitiendo al demandante elegir cualquiera de estos dos foros.

Es decir, nos indica que el tribunal competente para solucionar el caso puede ser el del lugar donde se ha cometido el daño o el del lugar del hecho causal que dio lugar a ese daño, y la elección de entre uno u otro se deja en manos del demandante.

Respecto a la pregunta de si es necesario probar, para que actúe el foro previsto en el art. 7.2 Reglamento 1215/2012, que se ha producido efectivamente un “daño” en este caso concreto que hemos comentado con tal sentencia, si, ha sido necesario probar el daño e ir creando criterios que despejaran la solución, criterios que entablaran un nexo de conexión entre los tribunales y los hechos.

En cambio, para finalizar mencionar el hecho de que el TJUE se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre materiales similares y cada vez da soluciones, aunque en la misma línea, pero diferentes atendiendo a cada una de las hipótesis que se pueden plantear en estos “casos a distancia”, unas veces se prueba en mayor medida y otras veces el Tribunal amplía la competencia de órganos que en principio no lo serían únicamente para que no se produzca un vacío de contenido.²⁰

Laura Almohalla Hernández

2.4.- ¿Resulta aplicable el art. 7.2 Reglamento 1215/2012 cuando se ejercita una acción de responsabilidad derivada de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su autoridad?

Análisis de la STJCE 15 febrero 2007 (As. C-292/05), Eirini Lechouritou / Dimosiotis Omospondiakis y de la STJCE 15 mayo 2003 (As. C-266/01), Préservatrice foncière TIARD / Saat der Nederlanden

INTRODUCCIÓN

El artículo 7.2 del Reglamento n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil (Reglamento) contiene un foro especial de competencia en materia de responsabilidad extracontractual, estableciendo que en materia delictual o cuasidelictual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

Antes de resolver la cuestión principal, hemos de partir de la base de que las disposiciones de dicho Reglamento solamente serán aplicables dentro del ámbito material determinado por su artículo 1. Este asunto, que ha sido muy controvertido a lo largo de la historia, ha sido resuelto en gran medida por el legislador europeo en el Reglamento 1215/2012 introduciendo en el párrafo primero del artículo 1 el siguiente inciso: “No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperi*)”.

No obstante, esto no siempre ha sido así y hemos de tener en cuenta la evolución histórica que ha sufrido esta cuestión a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), quién ha ido delimitando qué actos del Estado quedan incluidos en el ámbito material de aplicación del Reglamento y cuáles no.

²⁰ Fundamentos jurídicos 19, 37 y 38 de la sentencia del tribunal de justicia (Sala Primera) de 19 de abril de 2012

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El antecedente legislativo más lejano, el Convenio de Bruselas de 1968, de 27 de septiembre de 1968, no solo carecía de toda referencia a la exclusión de los *acta iure imperii* sino que, hasta su modificación por el Convenio de Adhesión de 1978, tampoco mencionaba la exclusión de las materias fiscal, aduanera y administrativa. La misma redacción se mantuvo en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, que se limitaba a mencionar esas tres materias, pero sin definir ni el contenido ni el alcance de dichos conceptos. Así, ha sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) el que ha ido delimitando casuísticamente, a través de las resoluciones de cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales de los Estados Miembros, qué debe entenderse por “materia civil y mercantil” y por “materias fiscal, aduanera y administrativa”.

Acta iure imperii

A pesar de la falta de exclusión expresa en ambos instrumentos de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su poder (*acta iure imperii*), la jurisprudencia del TJCE (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), ha sentado ya desde el año 1976 en el *Asunto LTU*²¹ la exclusión de este tipo de actos llevados a cabo por un Estado en atención a la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes, criterio que ha sido confirmado por su jurisprudencia posterior²².

En concreto, por su relación con el tema de este seminario, hemos de destacar la Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2007 (*Asunto Lechouritou*), relativa a la inclusión o no de los actos realizados por un Estado en el concepto de “materia civil”. El hecho que dio lugar al litigio principal sustanciado ante los tribunales griegos es la masacre de civiles llevada a cabo por las fuerzas armadas alemanas en 1943 y que causaron 676 víctimas. El litigio fue iniciado por algunos hijos de estas víctimas contra la República Federal de Alemania, siendo desestimada su demanda en primera instancia, puesto que el Estado demandado es un Estado soberano que goza de inmunidad de jurisdicción. Los demandantes deciden interponer recurso de apelación contra dicha resolución ante el *Efeteio Patron* (Tribunal de Apelación de Patras) alegando el art. 5, apartados 3 y 4 del Convenio de Bruselas (hoy art. 7, apartados 2 y 3, del Reglamento 1215/2012), pues consideran que este precepto deroga el privilegio de inmunidad de los Estados en todos los casos de delitos cometidos en el territorio del Estado al que pertenece el tribunal que conoce del asunto. Ante las dudas sobre si estas disposiciones resultan aplicables al recurso planteado ante él, decide plantear dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE.

En concreto, la cuestión planteada que nos resulta de interés es si a tenor del artículo 1 del Convenio de Bruselas, se incluyen en su ámbito de aplicación material las acciones de indemnización ejercitadas por personas físicas contra un Estado contratante, como responsable civil de actos u omisiones de sus fuerzas armadas, ocurridos durante la ocupación militar del Estado del domicilio de los demandantes en un ataque iniciado por el demandado.

El Tribunal de Justicia considera que los hechos que causaron el litigio principal derivan de una manifestación de poder público del Estado interesado en la que dichos actos fueron perpetrados y, por lo tanto, la acción judicial entablada por los recurrentes no está incluida en el ámbito de aplicación material del Convenio²³. En ese

²¹ STJCE 14 octubre 2014, apdo. 4.

²² V.gr. Sentencias Rüfer, apdo. 8; Sonntag, apdo. 20; Baten, apdo. 30; Préservatrice Foncière TIARD, apdo. 22; y Henkel, apdo. 26.

²³ STJCE de 15 febrero 2007, apdo. 38, “De ello se sigue que debe considerarse que actos como los que causaron el perjuicio alegado por los recurrentes en el litigio principal [...] derivan de una manifestación de poder público del Estado interesado en la fecha en la que dichos actos fueron perpetrados”.

mismo sentido se pronunció el Abogado General en sus conclusiones²⁴, indicando que los ejércitos ostentan potestades de las que carecen los demás ciudadanos, siendo los actos de éstos manifestaciones de la soberanía estatal.

Por lo tanto, para considerar excluidos unos determinados actos de un Estado del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (hoy Reglamento 1215/2012) hay que atender a si el Estado actuó revestido de prerrogativas de poder público o si, por el contrario, actuó como un mero particular. En este sentido también se pronuncia el Abogado General en las conclusiones *ut supra* indicadas, en el punto 46, considerando que para descubrir un acto *iure imperii* tenemos que atender a dos criterios: en primer lugar, al carácter público de uno de los miembros de la relación jurídica y, en segundo lugar, al origen y a la fuente de la acción entablada, en concreto, al uso de poderes exorbitantes por el Estado²⁵.

Acta iure gestionis

Aquellos actos realizados por un Estado en los que éste actúa como un mero particular, es decir, cuando interviene desprovisto de toda potestad exorbitante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas los entiende incluidos dentro del ámbito de aplicación del actual Reglamento 1215/2012. Así lo ha puesto de manifiesto en el asunto *Henkel*, indicando que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación aquellos actos que no atañan de modo alguno al ejercicio de poderes exorbitantes en el sistema de las normas de derecho común aplicables a las relaciones entre particulares²⁶.

Esta postura ha sido confirmada más recientemente en el *Asunto Préservatrice Foncière TIARD*²⁷, en el que el *Hoge Raad der Nederlanden* (Tribunal Supremo de los Países Bajos) cuestiona al entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si debe considerarse que una acción ejercitada por el Estado, sobre la base de un contrato de fianza de Derecho privado que ha celebrado para garantizar el cumplimiento de un requisito impuesto por dicho Estado, por tanto en ejercicio de un poder público, es materia civil o mercantil en el sentido del artículo 1 del Convenio de Bruselas.

En dicha sentencia el Tribunal considera que quedan comprendidas en el concepto de “materia civil y mercantil” aquellas acciones mediante las cuales un Estado contratante insta, frente a una persona de Derecho privado, la ejecución de un contrato de fianza de Derecho privado, siempre que la relación jurídica entre el acreedor y el fiador, tal como resulta del contrato de fianza, no responda al ejercicio por parte del Estado de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

En conclusión, el criterio diferenciador entre los actos que están incluidos dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento 1215/2012 (entonces Convenio de Bruselas) y los que están excluidos es el uso por parte del Estado de potestades exorbitantes que excedan de las atribuidas por las normas a los particulares. A pesar de que en el Reglamento 1215/2012 la inclusión o no en su ámbito de aplicación de los *acta iure imperii* ya no supone un problema debido a la expresa exclusión de éstos, sigue habiendo que determinar *ad casum* en qué supuestos el Estado actúa revestido de prerrogativas y en cuáles no.

²⁴ RUIZ-JARABO COLOMAR, D., *Conclusiones del Abogado General presentadas el 8 de noviembre de 2006*, ptos. 55 a 57.

²⁵ Véase la STJCE de 15 de mayo de 2003, Asunto *Préservatrice Foncière TIARD*, apdo. 23, “Por tanto, a efectos de aplicar estos principios en un asunto como el litigio principal es preciso identificar la relación jurídica que existe entre las partes del litigio y analizar el fundamento y las modalidades de ejercicio de la acción entablada”.

²⁶ STJCE 1 octubre 2002, apdo. 30.

²⁷ STJCE 15 mayo 2003.

APLICABILIDAD DEL REGLAMENTO A LOS ACTOS ILÍCITOS COMETIDOS POR EL ESTADO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

A pesar de lo expuesto anteriormente, se nos puede plantear la duda de si la ilicitud de esos actos excluye que sean considerados como *iure imperii*. Por lo que respecta a esta cuestión, la ilicitud de una acción no impide que sea calificada como tal, y por lo tanto excluido del ámbito de aplicación del Reglamento, pues lo contrario supondría suponer que el Estado solo usa las potestades públicas cuando las ejerce de manera irreprochable descartando que a veces puedan no actuar así²⁸. Esta irrelevancia del carácter ilegal del acto ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ya referido asunto *Lechouritou*²⁹.

Tampoco excluye su consideración como tal la naturaleza de la acción entablada por los demandantes, pues basta con que el hecho que dio lugar al litigio haya estado revestido de facultades exorbitantes para que se considere excluido del ámbito de aplicación del Reglamento. El hecho de que el procedimiento entablado tenga en cierto modo carácter civil responde a que la finalidad de éste es obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados, no pudiendo ser tenido en cuenta a la hora de determinar la naturaleza del procedimiento³⁰.

A la vista de todo lo expuesto anteriormente, y de lo que resulta de la lectura del párrafo primero del artículo 1, *in fine*, del Reglamento, podríamos concluir que el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 no resulta aplicable cuando se ejercita una acción de responsabilidad derivada de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su autoridad.

BLIBLIOGRAFÍA

Unión Europea. Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Diario de Oficial de la Unión Europea*, 20 de diciembre de 2012, L 351, pp. 1 a 21.

Comunidad Europea. Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Diario de Oficial de las Comunidades Europeas*, 16 de enero de 2001, L 12, pp. 1 a 23.

Comunidad Europea. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³¹. *Diario de Oficial de las Comunidades Europeas*, 11 de abril de 1983.

Adrián Bande Otero

²⁸ RUIZ-JARABO COLOMAR, D., *Conclusiones del Abogado General presentadas el 8 de noviembre de 2006*, ptos. 63 a 66.

²⁹ STJCE de 15 febrero 2007, apdo. 43, “[...] Por consiguiente, dado que debe considerarse que esa materia, como tal, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, el carácter ilegal de tales actos no puede justificar una interpretación diferente”.

³⁰ En este sentido la STJCE 15 febrero 2007 (*Asunto Lechouritou*), párr. 41, “[...] el hecho de que el recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente aparezca revestido de carácter civil en la medida en que su objetivo es obtener la reparación económica de los daños materiales y morales causados a los recurrentes en el litigio principal carece de toda pertinencia”.

³¹ Versión consolidada. Texto modificado por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda, y del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica.

SUPUESTO DE HECHO DEL CASO C-271/00

Se trata de un litigio que tiene por objeto una acción de repetición promovida por una entidad local neerlandesa, contra el Sr. Baten, domiciliado en Bélgica a fin de recuperar ciertas sumas de dinero abonadas por dicha entidad local, en concepto de asistencia social, a la esposa divorciada y a la hija del Sr. Baten³². Este tenía una obligación de alimentos estipulado en un acuerdo de divorcio (mutuo acuerdo) de 25 de marzo de 1986 y hecho ante un notario belga.

El caso que estudiamos es lo contrario, cuando la parte demandada es el Estado. En el supuesto podemos ver que hay un recurso por parte del particular (Sr. Baten) hacia la decisión tomada en primera instancia, que estima la petición de la entidad local neerlandesa, y el sujeto, lo que hace es poner ese recurso en el “Hof van Beroep te Antwerpen” (Tribunal de los Países Bajos), para que se vuelva a resolver.

MARCO JURÍDICO

Referencia al contenido del artículo 7.2 R.1215/2012

Lo primero a lo que debemos hacer referencia es al sentido de la pregunta que se nos plantea. Pues bien, tal y como vemos en la sentencia estudiada, la idea es ver, si se puede aplicar la excepción del Art 7.2 del Reglamento 1215 REGLAMENTO (UE) 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (R.1215/2012). En el supuesto estudiado se habla del art. 5.3 del convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Convenio de Bruselas), puesto que la sentencia del tribunal de justicia es de 14 de noviembre de 2002 y ésta era la legislación que estaba vigente en ese momento y la que por tanto, se tiene que aplicar, y en el momento que entra en vigor el R.1215/2012, la regulación del artículo 5.3 del Convenio de Bruselas, se desarrolla en el art.7.2 del nuevo Reglamento.

En este caso, esta excepción del art.7.2 del R.1215, regulada en su sección 2, denominada “Competencias especiales”, establece lo siguiente “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho danñoso.”

Lo que se pretende en este estudio es ver si es posible la aplicación cuando la acción ejercitada es una acción de responsabilidad de los actos realizados por el Estado en el ejercicio de su autoridad, es decir, cuando el Estado está implicado en un proceso, y en concreto está en la situación de demandado.

Aplicación del convenio en el supuesto

Lo primero a lo que hay que hacer referencia es si se aplica o no el Convenio de Bruselas, es decir, si se considera que es una materia civil y mercantil, puesto que en el Art.1 del mismo establece su ámbito de aplicación material, el cual es necesario que se cumpla para aplicar su regulación al supuesto.

Para ver si se aplica no, lo importante no es la naturaleza de los sujetos que van a intervenir, sino si se trata de una relación que se desprende de un *acta iure imperii* o por el contrario es un *acta iuri gestionis* de la Administración Pública de los Países Bajos.

³² Véase punto 2 de la sentencia de 14.11.2002 del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), asunto C-271/00

Hay que diferenciar ambos actos. Hay una definición muy genérica y es difícil a veces en determinados supuestos diferenciar si se trata de uno u otro cuando actúa el estado, por ello a lo largo de las décadas, la jurisprudencia y la doctrina han ido marcando en virtud del estudio de supuestos específicos qué actos se enmarcan en uno u otro.

Para ello, vamos a seguir la “Doctrina de la inmunidad restringida”, la cual se inició a principios del S. XX, iniciada por los tribunales belgas e italianos. Esta idea consiste en reconocer que si que hay inmunidad en las actuaciones públicas de los Estados extranjeros, pero no es de manera absoluta como se hacía a este momento, sino que no tienen esa inmunidad en los casos que actúan como particular.

La doctrina de la inmunidad restringida se ha desarrollado partiendo de la consideración de que las actividades del Estado pueden dividirse en un esquema dualista. Los componentes de esta dualidad se expresan de diverso modo, aunque la distinción más generalizada consiste en la siguiente consideración:

Gozan de inmunidad los actos realizados por el Estado en el ejercicio de su soberanía, llamados *acta iure imperii*.

No pueden ampararse en la inmunidad los actos propios de las actividades de gestión o administración de bienes privados, llamados *acta iure gestionis*.³³

En este supuesto podemos ver esa dificultad de esta distinción, pues hubo un cambio en sus pronunciamientos:

En un principio, la comisión apoyo la idea que defendía el municipio de Steenbergen y Reino Unido, que defendían que no era aplicable el Convenio de Bruselas de 1968, puesto que era un *acta iure imperii*, pero como se ha deducido del conjunto de argumentos de que da en las conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, vemos que entra dentro del art.1 y esto se debe a que tal y como estableció la comisión, la acción de repetición que hizo el municipio de Steenbergen, se considera que aunque la realiza el Estado, esta tiene unos límites que no permite que haya discrecionalidad ni una amplia facultad de apreciación en la determinación de los derechohabientes ni en la cuantía de asistencia³⁴, puesto que como un acuerdo de divorcio, solo se podía reclamar hasta los límites de la obligación de alimentos incumplidos(nunca más), y con ello lo que vemos es que su pretensión es la misma que haría el acreedor originario³⁵. (En este caso su mujer divorciada, y lo hará en virtud del acuerdo, por el que se le pasarían 3000 euros en virtud de los gastos de manutención y educación de la hija en común.

El “municipio no ejerce ningún poder público frente al tercero y la relación jurídica que se crea entre los dos sujetos no se diferencia de las relaciones obligatorias normales que se establecen entre sujetos que están en situación de igualdad”³⁶

Como conclusión podíamos deducir que sí se aplicaría el Convenio de Bruselas de 1968.

Trasladado a la regulación vigente; R.1215/2012.

Aunque en el momento en el que se tomó la decisión si entraba dentro del Art.1 del Convenio de Bruselas de 1968, ahora no podría resultar aplicable el nuevo Reglamento 1215/2012 , puesto que a pesar de ser una materia civil y mercantil, en el

³³ <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-2-la-sociedad-internacional-y-sus-miembros-los-sujetos-del-derecho-internacional/11-la-inmunidad-del-estado#TOC-La-distincion-entre-actos-jure-imperii-y-actos-jure-gestionis>

³⁴ Véase la conclusión 25 de TIZZANO.A en el Asunto C-271/00

³⁵ Véase la conclusión 35. IDEM

³⁶ Véase la conclusión 36. IDEM

apartado 2 del Art.1, en concreto en su letra e), se ha incluido una exclusión del ámbito de aplicación el reglamento que en el Convenio de Bruselas no se contemplaba y en él se excluyen “e) las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad”

Se ha dado una ampliación por tanto del apartado 2 del artículo 1, dando lugar a un mayor ámbito de exclusión de aplicación del R.1215/2012 y entre ellas la materia tratada en el supuesto, dando lugar a un cambio en la aplicación de leyes.

CONCLUSIONES

Como vemos, sí está dentro del ámbito del art. 1.1 del R.1215/2012, pues se considera materia civil y delictual pero aun así, se incluye dentro de las excepciones comprendidas en la nueva legislación, dando lugar así a que no se puede incluir dentro del ámbito material del convenio y por ello, desde el momento en que no se incluye en el mismo no se podrá aplicar ninguna de sus disposiciones, y por lo tanto, como es lógico, no se aplicará el Art.7.2 en el que se establece una competencia especial, pero tampoco ningún otro artículo.

BIBLIOGRAFIA:

MAESTRE CASAS,P./ DURAN AYAGO, A/ VELAZQUEZ SANCHEZ M^a.Mestre Casas, Pilar. Aplicación práctica del Derecho internacional privado, 2015 ed, Salamanca, España.

VELAZQUEZ SANCHEZ M^a.M. Apuntes de la materia.

Eva Ramos Ramos

2.5.- Dado que el art. 7.2 Reglamento 1215/2012 otorga competencia a los tribunales de un Estado miembro en cuyo territorio se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso, ¿qué debe entenderse por “territorio de un Estado miembro”?

Análisis de la STJCE 5 febrero 2004 (As. C-18/02), DFDS Torline / SEKO.

Con carácter general, el Reglamento n° 1215/2012 se aplicará en Dinamarca con arreglo al Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De manera que en base al art. 7.2 del Reglamento 1215/2012, «en materia delictual o cuasidelictual, tendrá competencia el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso».

En la sentencia que nos ocupa, se nos presenta un litigio entre una asociación de armadores daneses y un sindicato sueco. En dicha sentencia, la cual se dictó mientras estaba siendo negociado el Reglamento, el TJCE se pronuncia sobre varias cuestiones relativas a la interpretación del art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968. Dicha interpretación debemos relacionarla con un litigio sobre responsabilidad por los daños que habían sido causados por llevar a cabo medidas de conflicto colectivo. En concreto, podemos determinar que nos encontramos ante un caso que está regulado en el art.9 del Reglamento de Roma II.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto debemos hacer una breve referencia a las conclusiones del abogado general, de las cuales podemos extraer que:

— Conforme al derecho de un Estado contratante, un órgano jurisdiccional de dicho Estado tiene competencia exclusiva para pronunciarse sobre la

ilicitud de una acción colectiva y otro órgano de otro Estado será competente para conocer de cuestiones de indemnización por daños.

— El procedimiento al que vamos a hacer referencia a lo largo de este comentario constituye materia delictual o cuasidelictual, aunque directamente no se ocasionen daños al demandante.

— Dicho procedimiento se comprende dentro del concepto de «materia delictual o cuasidelictual», aunque tras incoar el proceso, la parte que notificó el preaviso suspenda la realización de la acción colectiva cuya ilicitud se pretende determinar.

— Cuando se incoa un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de un Estado contratante sobre la base de que son jueces del lugar en que se ha producido el daño, según el artículo 5 del Convenio de Bruselas, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales determinar el lugar donde el hecho objeto de debate ha producido sus efectos dañosos.

Pasemos ahora a analizar la finalidad de la norma, ya que lo que esta pretende es tratar de evitar la repercusión que esta sentencia pudiera tener a la hora de determinar cuál es la ley aplicable. Los hechos que dieron lugar a este litigio son la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de sindicatos suecos para tratar de obligar a un armador danés a realizar un Convenio colectivo para la tripulación polaca del buque *Tor Caledonia*, que se encontraba bajo pabellón danés. Las medidas que se adoptaron en este caso, hicieron que se bloqueara la carga y descarga del buque, por lo que el buque tuvo que ser sustituido por otro. La principal consecuencia de ello fue que el armador interpuso demanda ante los tribunales daneses contra los sindicatos suecos para reparar el daño sufrido con la sustitución del buque.

Lo que la sentencia trata de resolver son dos aspectos claros: por un lado la calificación de la cuestión como delictual o cuasidelictual, y por otro lado la precisión de del lugar donde se causan los daños.

En primer lugar, el TJCE nos da a entender que la responsabilidad por daños derivados de la adopción de medidas de conflicto colectivo será delictual según lo que se dispone en el art.5.3 del Convenio de Bruselas «una acción judicial sobre la legalidad de una acción colectiva». En el caso de Dinamarca, será necesario que se pronuncie un tribunal del orden jurisdiccional laboral para conocer sobre la legalidad de las medidas, lo que pronuncia el TJCE sobre esto es que será una acción colectiva de carácter delictual y porque la legalidad de la acción será presupuesto para la indemnización. El TJCE, afirma que la responsabilidad delictual o cuasi delictual solo se podrá exigir cuando se pruebe una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo ocasiona.

No obstante para poder aplicar el art. 5.3 del Convenio servirá que la acción colectiva sea una condición necesaria para aquellas acciones de solidaridad que pueden llegar a causar daños. En este caso la parte que notificó el preaviso por el hecho de que suspendiera la ejecución de la acción colectiva no afectara a dicho artículo.

A la hora de seguir analizando aspectos como el que se ocupa en esta sentencia, diversa jurisprudencia ha interpretado que el lugar donde se sitúa el hecho del que pueda derivarse responsabilidad ya sea delictual o cuasidelictual y el lugar donde el acto en si haya ocasionado el daño no sean idéntico deberá ser interpretado el art. 5.3 de forma que deberá entender por el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso en el sentido de que se refiera al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal, de tal forma que podrá ser el demandante quien decida ante que órgano jurisdiccional de uno u otro lugar va a llevar a cabo la demanda.

En este caso, podemos decir que es en Suecia donde se deriva responsabilidad delictual o cuasi delictual, ya que es aquí donde se produjo el hecho dañoso. Según el TJCE, el daño causado en este caso se trata de pérdidas económicas que resultaron de la retirada del buque de su ruta habitual y del embarque de otro buque de carga para sustituir el Tor Caledonia en su ruta. El competente para determinar donde se van a producir estas pérdidas económicas será el órgano jurisdiccional nacional, lo que debemos entender que tendrá competencia el Estado donde el buque esté registrado, de forma que deberá considerarse al Estado del pabellón como el lugar en el que el daño produjo efectos negativos.

Teniendo en cuenta lo visto hasta ahora, debemos interpretar el art. 5.3 del Convenio de Bruselas en este litigio en el sentido de que aquellos daños que deriven de una acción colectiva llevada a cabo por un sindicato en un Estado contratante en el que navega un buque registrado en otro estado contratante no deben ser considerados como acaecidos en el estado del pabellón. De esta forma el armador podría llevar a cabo medidas para alcanzar una indemnización contra el sindicato.

Una vez expuesto todo lo anterior podemos concluir que «constituye materia delictual o cuasidelictual» cualquier acción sobre la legalidad de una acción colectiva teniendo competencia para resolver sobre esto cualquier órgano jurisdiccional distinto al que conocerá de las demandas de indemnización de los daños y perjuicios que han sido causados por una acción colectiva. Podrá aplicarse el art. 5.3 del Convenio simplemente cuando la acción colectiva sea condición para que las acciones de solidaridad causen daños. Y también se aplicará cuando la parte que notificó el preaviso suspenda la ejecución de la acción colectiva. Por tanto, cuando se produzcan daños por una acción colectiva llevada a cabo por un sindicato en un estado contratante en el que navega un buque registrado en otro estado contratante, no serán necesariamente calificados como realizados en el Estado del pabellón, de este modo el armador podrá interponer una acción de indemnización contra el sindicato en el estado del pabellón.

Nuria Alfageme Miguelez

Análisis de la STJCE 27 febrero 2002 (As. C-37/00), Weber / Universal Ogden.

Con carácter general, el art. 7 del Reglamento 1215/2012 establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro. En el caso que nos ocupa, el apartado 2 del artículo 7 recoge un foro especial aplicable en materia delictual o cuasi delictual, según el cual se otorga competencia a los tribunales de un Estado miembro en cuyo territorio se haya producido o pudiera producirse el hecho dañoso. Debido a la excesiva generalidad y falta de concreción del precepto, una de las cuestiones que ha planteado problemas interpretativos a la hora de aplicarlo a un caso concreto es la dificultad de delimitar y precisar qué debe entenderse por «territorio de un Estado miembro».

De las disposiciones del Reglamento 1215/2012, se infiere que, a efectos de su aplicación, se consideran Estados miembros del Reglamento, todos los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de aquellos territorios de los Estados miembros excluidos en el art. 355 TFUE, donde se continúa aplicando el Convenio de Bruselas de 1968. Así, por ejemplo, el Reglamento se aplica en las Islas Canarias, Ceuta, Melilla, Baleares, las Azores, Gibraltar, Madeira o las Islas Åland; pero se excluyen de su aplicación territorios como la Polinesia francesa, Nueva Caledonia, Islas Wallis y Futuna, Isla de Man, Islas Cayman, Anguila, Malvinas-Falkland, Bermudas, Islas Feroe, Groenlandia o las Antillas neerlandesas.

En este sentido, puede parecer que el concepto de territorio de un Estado miembro aparece claramente delimitado, pero el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea se ha visto obligado en numerosas ocasiones a precisar este concepto en su jurisprudencia. En concreto, en su Sentencia de 27 febrero 2002 (Asunto C-37/00), indicó que la plataforma continental adyacente a un Estado miembro forma parte del territorio de éste a la hora de aplicar el Reglamento. Esta sentencia se dictó en respuesta a tres cuestiones prejudiciales, planteadas por el el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), relativas a la interpretación del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 (CB). El litigio del que estaba conociendo el tribunal holandés enfrentaba al trabajador Herbert Weber, domiciliado Alemania, con su empresario, la sociedad escocesa Universal Ogden Services Ltd (en lo sucesivo, UOS), con domicilio social en Reino Unido, a raíz de la resolución de su contrato de trabajo por esta última.

El Sr. Weber estuvo trabajando para UOS en calidad de cocinero, desde 1987 hasta el 30 de diciembre de 1993, en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, a bordo de buques o en instalaciones mineras. Posteriormente, en 1994, el Sr. Weber, al considerar que UOS había puesto fin ilegalmente a su relación laboral, demandó a esta sociedad ante los órganos jurisdiccionales neerlandeses. De esta cuestión conocieron dos órganos jurisdiccionales neerlandeses (en primera instancia y después en apelación) hasta que en enero de 1998 el Sr. Weber presentara recurso de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden, el cual declaró que el órgano jurisdiccional que resolvió con carácter previo, había incurrido en error de Derecho al no examinar de oficio si la competencia de los órganos jurisdiccionales neerlandeses podía deducirse de las normas del Convenio de Bruselas.

En este punto, dado que el Hoge Raad der Nederlanden consideraba que la resolución del litigio dependía de la interpretación del Convenio de Bruselas, remitió al TJCE tres cuestiones judiciales a efectos de aplicar el art. 5.1 de dicho Convenio. De esas cuestiones, para este trabajo, nos interesa la siguiente: *Si el trabajo efectuado por el Sr. Weber en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos debe considerarse efectuado en los Países Bajos y, en consecuencia, en el territorio de un Estado contratante.*

Para dar respuesta a esta cuestión, el TJCE recurrió a normas de Derecho Internacional Público y a jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, el cual ha declarado que los derechos del Estado ribereño sobre la zona de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio terrestre bajo el mar existen ipso facto y ab initio en virtud de la soberanía del Estado sobre este territorio y como extensión de ésta, bajo la forma del ejercicio de derechos de soberanía para explorar el lecho marino y explotar sus recursos naturales (Sentencia de 20 de febrero de 1969).

En este sentido y en lo que concierne al Derecho Internacional Privado, el Derecho estatal neerlandés se ajusta a estos principios de Derecho internacional público al prever que un órgano jurisdiccional neerlandés sea competente para conocer de los litigios relativos al contrato de trabajo de una persona cuya actividad se ejerce en o desde una instalación minera situada en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos o situada sobre dicha zona, para la prospección y/o explotación de sus recursos naturales. Por tanto, sí procede considerar que la plataforma continental adyacente a un Estado contratante forma parte de dicho Estado, y, por consiguiente, que el trabajo desempeñado por el cocinero en una plataforma marina situada en la plataforma continental holandesa y en buques e instalaciones mineras bajo pabellón holandés, pero en aguas territoriales de varios Estados, se ha realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del artículo 5.1 CB.

A este respecto, cabría preguntarse si esa misma interpretación de «territorio de un Estado miembro», que se ha dado para el caso concreto del contrato de trabajo, es extrapolable al supuesto concreto que regula el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012. Este precepto recoge un foro especial facultativo que, en materia delictual o cuasi

delictual, permite al demandante demandar a una persona domiciliada en un Estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

La cuestión es distinta por la razón de que aquí no media un contrato, sino que se trata de responsabilidad extracontractual. El propio TJUE ha afirmado (asunto Kalfelis, 1988) que la materia delictual se refiere a *«toda demanda que tiende a poner en juego la responsabilidad del demandado y que no se vincula con la materia contractual en el sentido del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 (en la actualidad, el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012)»*. Esta no vinculación requiere incluso que la responsabilidad extracontractual no se derive del incumplimiento contractual porque en tal caso, el foro del artículo 5.1 absorbe todas las pretensiones (Asunto De Bloos c. Bouyer, 1976).

Otro problema relacionado es la concreción de la expresión «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso». Esta expresión tan general plantea dificultades en los casos donde el Estado miembro en el cual tiene su origen el hecho causal es distinto del Estado miembro donde se ha manifestado la lesión. A este respecto el TJUE ha manifestado que el demandante puede interponer la demanda tanto el Estado miembro de generación del daño como en el Estado miembro de manifestación del daño (Asunto Minas de Potasa de Alsacia, 1976). No obstante, esta regla tiene una particularidad y es que si se presenta la demanda ante el tribunal del país de origen, este conocerá de todo el perjuicio causado; mientras que si se plantea la demanda ante los tribunales del país donde se manifiesta el resultado, estos solo podrán conocer de los perjuicios causados en su territorio.

Una vez aclarado el precepto, pensemos, por ejemplo, en que se produce un vertido en aguas de varios Estados miembros, que tiene su origen en una plataforma marina situada en la plataforma continental holandesa. En tal caso, es aplicable la jurisprudencia del TJUE, según el cual el demandante podría interponer la demanda ante los tribunales holandeses, porque la plataforma continental también se considera parte del Estado miembro correspondiente; pero también ante los tribunales de los Estados miembros donde se haya manifestado el daño producido por el vertido. En el primer caso, la demanda se estaría presentando ante los tribunales del país de generación del daño y, en el segundo caso, ante los tribunales del país de manifestación del mismo.

En conclusión, este foro del artículo 7.2 otorga al demandante la facultad de elegir si demandar a una persona domiciliada en un Estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso; y la elección de uno u otro determinará el alcance de los daños que se pueden reclamar. No obstante, lo cierto es que la dificultad de aplicación de este precepto reside, como hemos explicado, en la determinación qué alcance tiene el concepto de «territorio de un Estado miembro», de manera que la concretización que, caso por caso, ha ido haciendo el TJUE, resulta imprescindible.

Nerea Bueno Gil

Análisis de la STJCE 27 octubre 1998 (As. C-51/97), Reunion Européenne SA / Spliethoff's y otros

Las opciones que tiene un demandante a la hora de interponer su demanda ante tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento Bruselas I pueden variar en función de si dicha acción se considera como materia «contractual» o «delictual o cuasidelictual» a efectos del Reglamento Bruselas I bis. A falta de definición legal, estos conceptos se encuentran en proceso de definición por el TJUE en vía jurisprudencial, lo que puede proporcionar a las partes que planean su estrategia procesal tanto una cierta inseguridad jurídica como una cierta flexibilidad.

En esta sentencia, nos encontramos ante un pleito que se origina por la adquisición, por parte de la sociedad Brambi Fruits, con domicilio en Rungis (Francia), de una cantidad de peras a una sociedad australiana, F. W. Year, con sede en Melbourne (Australia). El cargamento fue objeto de un transporte marítimo en Melbourne (Australia) con destino a Rotterdam (Países Bajos) a bordo del buque «Alblasgracht V002». El transporte se efectuó al amparo de un conocimiento de embarque, emitido en Sidney (Australia) por la sociedad RCC, con domicilio en Australia, en el que constaba la sociedad Brambi Fruits, domiciliada en Francia, como destinataria final de la mercancía. Después de ser entregada en Rotterdam a un consignatario holandés, la mercancía fue transportada por carretera a Rungis, domicilio del destinatario final. Donde el transporte terrestre se realizó en virtud de una carta de porte internacional emitida por otra sociedad (Transec). Una vez que la mercancía a su destino, la compañía alegó que éstas no estaban en buen estado debido a ciertos problemas.

Brambi Fruits, percibió una indemnización por parte de sus aseguradores. Debido a esto la Reunión europea y otros se subrogaron en la posición jurídica de su asegurado e interpusieron una demanda por daños y perjuicios ante el tribunal de Créteil (Francia), en cuya demarcación judicial se encuentra el domicilio de Brambi Fruits. La demanda se presentó contra el emisor del conocimiento (RCC), el capitán del buque y su armador, la sociedad Spliethoff's, con domicilio en los Países Bajos ambos, siendo esta última la que llevó a cabo realmente el transporte marítimo.

Finalmente, la Cour de cassation trasladó al TJCE las dudas que generaba la calificación de la acción ejercitada por las empresas aseguradoras, en relación a su comprensión en el ámbito del apartado 1º, materia contractual, o 3º, materia delictual o cuasidelictual, del artículo 53 CB. Se solicitaba, además, una aclaración cómo debía concretarse el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso en un supuesto como el presente, siempre que —no siendo de aplicación el artículo 5.1 CB— sea aplicable el artículo 5.3 CB. Finalmente se planteaba si el carácter indivisible del litigio permite demandar, a un domiciliado en el territorio de un Estado contratante, en otro Estado contratante ante cuya jurisdicción se haya presentado una demanda dirigida contra un codemandado domiciliado fuera del territorio de cualquier Estado contratante. Cuestiones ya tratadas por el TJCE sin resolver los problemas que genera la vinculación entre una y otra responsabilidad obligacional.

Ante estos hechos, la jurisprudencia, ha adoptado una calificación autónoma para delimitar las materias reguladas en los foros especiales, en la que no queden vinculados los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes atendiendo a los presupuestos y objetivos del CB, así como a los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales. En este caso, es válido tanto la aplicación del art. 5.1 CB, como el art. 5.3 CB, que permite acudir a las nociones autónomas que menos perturban los sistemas nacionales

Hay que hacer mención al caso *Handte*, el cual confirma que una acción se integra en materia contractual cuando surge de «un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra». Tal definición la encontramos recogida en el art. 5.1 CB, definición importante, ya que a través de ella se pretende exigir una indemnización por la responsabilidad en el deterioro de las mercancías transportadas por vía marítima, realizada por personas con las que el demandante no había contraído directamente. Según esto, el Tribunal ha declarado que no nos encontramos ante una acción contractual del art. 5.1 CB, sino ante una acción del ámbito material del art. 5.3 CB.

Hay que tener en cuenta también, que si tenemos en consideración una perspectiva ajena al tráfico marítimo internacional, nos llevaría a la conclusión de que la persona que encarga el transporte y entrega de las mercancías a un tercero, no mantiene una relación contractual alguna. Así, la presente sentencia, ha intentado

atender a este sector concreto en el que se ejercita la acción, pero no ha conseguido argumentar ningún inconveniente.

Por otro lado, el embargo, cumple una cuádruple función: de documento acreditativo de la recepción de las mercancías por el porteador, de título acreditativo de la conclusión y del contenido del contrato de transporte o de flete, de título- valor representativo de las mercancías, y de título de tradición. En este sentido, podemos decir que estas funciones facilitan la negociabilidad de las mercancías en el transcurso del transporte, y el conocimiento comporta implicar una única resolución al porteador, al cargador y al destinatario.

Determinar el conocimiento del porteador, no es tarea fácil, pues se encuentra en un documento unilateral, en el que en muchas ocasiones no se le llega a identificar. Por esta razón, el régimen de responsabilidad del porteador ha sido objeto de regulación en el Derecho uniforme sobre el transporte de mercancías por el mar, lo que ha supuesto una nueva configuración de la responsabilidad del mismo: la responsabilidad que surge del contrato de transporte frente al cargador y el destinatario de las mercancías, recogiendo así una responsabilidad solidaria que trata de simplificar los regímenes.

En cuanto a la trascendencia contractual del conocimiento de embarque en el transporte marítimo internacional, hay que tener en cuenta el asunto “Tilly Russ”, en el que el TJCE llegó a la conclusión de que la cláusula atributiva de jurisdicción que vincula al cargador y al porteador era oponible al tercero porteador del título. Tal sentencia se dicta en interpretación del art. 17 CB, por la cual la práctica comercial internacional en materia de contratos de transporte marítimo, puede provocar la asunción del consentimiento entre el cargador y el porteador, siempre que el portador suceda al cargador en sus derechos y obligaciones en atención al derecho nacional que se aplique.

En cuanto al lugar de cumplimiento de la obligación, el TJCE establece que en el ámbito material del art. 5.1 CB no encontramos una solución. Esto ha generado abundante jurisprudencia que no ha resuelto tal problema, sin embargo, podemos decir, que el lugar de cumplimiento tendría que ser el puerto de destino en el que se entregan las mercancías. En la sentencia que estamos comentando, el TJCE, determinó, a vista de que no quedaba otra opción, de determinar que el lugar donde se produjo el daño es donde el transportista marítimo debía de entregar las mercancías. En relación con el art. 5.3 CB, se establece que no se ajusta a un supuesto relativo a una operación de transporte, y se pone de relieve el subcontrato contractual del que nace esta acción de reclamación, es por eso, que se presume que el TJCE llega a determinar la misma jurisdicción competente que si hubiera considerado que la acción quedaba incluida en el ámbito del artículo 5.1 CB.

Tenemos que analizar también la interposición de demandas con fundamento delictual y contractual ante un mismo foro por razón de conexidad, el cual resuelve el TJCE. En cuanto a las disposiciones que encontramos en el CB, hay foros especiales independientes que permiten atribuir competencia a jurisdicciones distintas, pero no se contempla un foro general de conexidad, sin embargo, el CB introdujo una excepción a esta conexidad, con el requisito de que debe ser interpuesta a instancia de parte. Según el TJCE, dos demandas de una misma acción de reparación no tienen un punto de conexión cuando van dirigidas contra distintos demandados y basadas una de ellas en la responsabilidad contractual, y la otra en responsabilidad delictual. Sin embargo, esto da lugar a una afirmación muy discutible, ya que estamos ante una operación unitaria de transporte, y hubiese sido más conveniente que se admitiera una acumulación de aras en economía procesal y una residual en materia delictual.

En conclusión, en esta sentencia, el TJCE, por una parte está sujeto a su propia jurisprudencia, lo que no le deja ver que nos encontramos ante una «operación económica unitaria de transporte marítimo de mercancías», por la cual el destinatario

de las mercancías cuenta con un marco contractual para exigir la responsabilidad de los portadores. Y por otra parte, parece que no quiere establecer un precedente que suponga un pronunciamiento favorable al movimiento, producido a través de las reglas de Hamburgo, que establece la responsabilidad solidaria del porteador contractual y el efectivo.

El problema que encontramos aquí, es que muy pocos Estados miembros aceptan una responsabilidad solidaria, por lo que el TJCE se limita a establecer una perspectiva de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, lo cual perjudica al destinatario puesto que tendrá que demandar al porteador contractual y al efectivo mediante criterios de atribución distintos. Sin embargo, este problema se resuelve en la propia sentencia. De este modo, en los caos en los que la demanda se dirija contra el porteador contractual y el efectivo, no se producirá la dispersión en el plano general de rechazo de la conexidad como foro competente, lo que quiere decir, que una sola jurisdicción podrá conocer el caso, que será la del lugar de destino de las mercancías, de acuerdo con el art. 5.1 y art. 5.3 CB. Así, la opción que elige el TJCE es la más adecuada, puesto que si hubiese considerado que la reclamación debía considerarse como contractual, hubiese tenido que rectificar su doctrina anterior, no aceptando la definición general contenido en el caso *Handte*, antes referida, la cual resulta muy útil, operativa, y amplia. Siempre teniendo en cuenta, aquellas calificaciones que menos perturban los sistemas nacionales. De esta forma, la solución que se debe elegir, es aquella que complace todas las posturas. Podemos decir así, que la jurisdicción competente para conocer de la acción ejercitada contra el porteador contractual también lo será de la que se ejercita contra el porteador efectivo, pero sobre una base distinta. Sin embargo, en el plano material la exigencia de responsabilidad a cada uno de ellos será correlativa a la prevista en el ordenamiento del foro, es decir, solidaria o bien contractual y extracontractual.

En relación a la pregunta expuesta, tenemos que establecer una diferencia, por un lado si se trata de un contrato de seguro que cubra un gran riesgo de los que aparecen mencionados en el art. 7.2, se aplicará en primer lugar la ley que hayan elegido las partes, conforme al art. 3, y en su defecto, si no ha habido una elección válida, se establecerá la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual, siempre teniendo en cuenta, la cláusula de excepción de la regla de vínculo más estrecho. Y por otro lado, si se trata de un contrato de seguros contemplado en el art. 7.2º, pero que cubra riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros, las partes también pueden elegir la ley aplicable, pero con ciertas limitaciones, ya que únicamente pueden elegir alguna de las leyes que aparecen en el art. 7.3, y en el caso de que las partes no eligiesen una ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato.

En una de las Sentencias, respecto de este tema, el TJUE confirma su opción por una interpretación autónoma de los conceptos del Reglamento 1215/2012. Esta interpretación se concreta en definir si una acción es autónoma o no cuando haya un contrato entre las partes. Para ellos, es necesario llevar a cabo un análisis de los datos de los hechos, el objeto del contrato, y si ha habido incumplimiento del contrato, así se puede situar al litigio, sin llegar a perjudicar la validez de elementos del fondo del asunto. Por lo tanto, esta sentencia da lugar a que no se adopten decisiones demasiado complejas al ahora de determinar la competencia judicial internacional, que dé lugar a un entorpecimiento del procedimiento que pueda prolongarlo excesivamente.

BIBLIOGRAFÍA

CEBRIÁN SALVAT, MARÍA ASUNCIÓN. «Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual». Universidad de Murcia, 2014. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2272/1210>

CRESPO HERNÁNDEZ, ANA, «Análisis metodológico de la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de la adopción de medidas de conflicto colectivo» Disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/analisis-conflicto-colectivo.pdf>

GUZMÁN ZAPATER, M; HERRANZ BALLESTEROS, M., «La competencia judicial internacional en el Reglamento (CE) N° 44/2001(I): ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes» Curso Virtual: Un estudio sistemático del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil, 2009-2010. Disponible en: <<http://www5.poderjudicial.es/CVcm0910/M-II/ES/TEMA04-ES.pdf>>

3.- Concreción de la materia “delictual” o “cuasidelictual”

3.1.- La interpretación del concepto de “materia delictual o cuasidelictual”

Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez

En el momento en que se emitió la presente resolución no se encontraba vigente el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, con lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), denominado antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), se ciñe a la norma jurídica referida a competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil vigente en octubre de 2011: el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000.

En la STJUE 25 octubre 2011 (asuntos C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez, se resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas a propósito de problemas de interpretación relativos al art. 5.3 del Reglamento 44/2001 y al art. 3.1 y 3.2 de la Directiva 2000/31/CE. Es el primero, referente a materia delictual y cuasidelictual, el que nos interesa para este comentario.

El art. 7.2 del Reglamento 1215/2012, vigente a día de hoy, coincide en su contenido con el art. 5.3 del Reglamento 44/2001; éste último, en consonancia con lo que hemos dicho, fue el aplicado en la sentencia. Los citados preceptos aluden a que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.

El concepto de materia delictual es un concepto autónomo del Derecho Internacional Privado institucional europeo, y debe interpretarse en base a los objetivos de sus normas jurídicas; en este caso, el Reglamento 44/2001 vigente en esta situación por entonces. No cabe un reenvío al Derecho interno de los Estados

miembros para su interpretación³⁷. Por otro lado, la línea jurisprudencial mantenida por el TJCE³⁸ es ilustrativa en sentencias como la de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, que estipula en su apartado 33 que el concepto de materia delictual o cuasidelictual abarca toda demanda cuyo fin sea reclamar la responsabilidad de un demandado sin que ello guarde relación con la materia contractual.

El TJUE ha estipulado que el concepto de materia contractual debe ser interpretado de forma autónoma³⁹, “principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Convenio, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados contratantes; por ello, este concepto no puede interpretarse como una remisión a la calificación dada por la ley nacional aplicable a la relación jurídica que se debate ante el órgano jurisdiccional nacional” (sentencia del TJCE de 17 de junio de 1992, asunto C-26/91, apartado 10).

En el apartado 15 de tal sentencia, se extrae, con una interpretación *a contrario sensu*, que el concepto de materia contractual puede ser entendido como una situación en la que existe un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, puesto que la literalidad de la resolución reza: “de ello se sigue que el concepto de «materia contractual», en el sentido del punto 1 del artículo 5 del Convenio, no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”.

Una de las cuestiones prejudiciales que se plantearon en la sentencia que nos atañe en este trabajo fue la de X, que demandó a la sociedad eDate Advertising (asunto C-509/09), radicada en Austria, por publicar una información en un portal web en el que se mencionaban detalles del asesinato de un conocido actor cometido por el ahora demandante y su hermano y por el que fueron condenados a cadena perpetua en Alemania. También se mencionaba en la publicación el recurso de amparo interpuesto por ambos ante el Tribunal Constitucional Alemán contra la sentencia condenatoria, además de una declaración del abogado de los condenados. El TJUE, conforme a lo expuesto anteriormente, entiende que no se trata de un litigio en materia contractual sino en materia delictual o cuasidelictual, puesto que no existe ningún compromiso libremente asumido por ninguna de las partes frente a la otra en que se funde esta demanda en la que se exige la responsabilidad de eDate Advertising frente a X.

La otra cuestión prejudicial fue la demanda de Olivier Martinez y su padre, Robert Martinez, a la sociedad inglesa MGN, editora del sitio de Internet del periódico británico *Sunday Mirror* (asunto C-161/10). Los demandantes denuncian intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen de Olivier Martinez provocadas por una publicación en el portal web mencionado. En todo caso, nos hallamos ante una presunta violación de derechos de la personalidad y una acción dirigida a exigir la responsabilidad de quien para los demandantes ha causado ese daño: pero no ha mediado entre ellos ningún vínculo contractual entendido como un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra.

El TJUE entiende que no existe un compromiso libremente asumido por las partes en los daños a los derechos contra la personalidad o la intimidad⁴⁰. Éste sería el caso del supuesto estudiado. Otra sentencia significativa en el sentido de reconocer el carácter delictual o cuasidelictual de daños causados a derechos de la personalidad, y posterior a la de 25 de octubre de 2011, es la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-523/10. Es provechoso citar todo su apartado 22:

³⁷ Véase la sentencia del TJCE de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, apartado 15

³⁸ Véanse las sentencias del TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, apartado 17; de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, apartado 16; y de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, apartado 22.

³⁹ Véanse las sentencias del TJCE de 22 de marzo de 1983, asunto 34/82, apartados 9 y 10, y de 8 de marzo de 1988, asunto 9/87, apartados 10 y 11.

⁴⁰ Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Thomson Reuters, 2014., pp. 118-119.

“Dentro del contexto de Internet, el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad, la persona que se considere lesionada por contenidos publicados en un sitio de Internet puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses (véase la sentencia eDate Advertising y otros, antes citada, apartado 52)”.

Aunque el objeto de este trabajo es la interpretación del concepto “delictual o cuasidelictual” en relación a una determinada resolución, y no el problema de la determinación del lugar del hecho dañoso, cuando hablamos de la determinación del lugar del hecho dañoso, partimos de la premisa de que una vez que hablamos de un hecho dañoso y su lugar de acaecimiento es que nos hallamos en materia delictual y por ello es relevante la determinación de ese espacio físico para fijar la competencia judicial internacional, conforme al art. 5.3 del Reglamento 44/2001 y al 7.2 del Reglamento 1215/2012; así se extrae de la lectura del apartado 52 de la STJUE de 25 de octubre 2011, y también del apartado 67 conclusiones del Abogado General, SR. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 29 de marzo de 2011 sobre los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10. El TJUE, con ello, ha estipulado que cuando se reclame una lesión de los derechos de la personalidad, la persona que se considere lesionada por contenidos publicados en un sitio de Internet puede entablar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado ante los Tribunales del Estado miembro en que se encuentra su centro de intereses; ello ya se fijó en la Sentencia que nos ocupa, y en la recién mencionada. Por tanto, el TJUE ya asume como premisa para elaborar razonamientos sobre el lugar del hecho dañoso que la lesión de derechos de la personalidad mediante contenidos publicados en un sitio de internet, como sucede en los asuntos C-161/10 y C-523/10, reviste carácter delictual o cuasidelictual.

Finalmente, cabe detenernos en cuándo se materializa la responsabilidad delictual o cuasidelictual: para ello es ilustrativo acudir la STJUE de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12. En la misma, en su apartado 34, concreta que la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo se origina cuando pueda fijarse “un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina”⁴¹. No obstante, no se hace referencia alguna en la STJUE que nos atañe y que versa sobre los asuntos C-161/10 y C-523/10 a ese nexo causal, puesto que las cuestiones prejudiciales planteadas iban orientadas a la interpretación del foro de competencia judicial internacional consistente en el lugar de producción del hecho dañoso del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, y no a la concreción de ese vínculo causal entre el daño y el hecho que lo origina y que generaría responsabilidad delictual o cuasidelictual a sus causantes.

En estos dos asuntos, el Tribunal explica su criterio para “el caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de Internet” (apartado 37 y 52). Por tanto, es importante tener en cuenta que el foro de competencia judicial internacional de materia delictual o cuasidelictual del lugar en que se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso rige con independencia de que finalmente se verifique si sobre los demandados recae o no responsabilidad delictual o cuasidelictual. En este análisis nos centramos en el carácter de la materia en cuestión. Y ésta, la lesión de los derechos de la personalidad por contenidos publicados en un sitio de Internet, se encuentra bajo el ámbito de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 y del 7.2 del Reglamento 1215/2012.

BIBLIOGRAFÍA:

⁴¹ (véanse las sentencias del TJCE 30 de noviembre de 1976, asunto 21/76, apartado 16, y de 16 de julio de 2009, asunto C-189/08, apartado 28).

Cebrián Salvat, M.A., “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, Vol. 6, núm. 2, Octubre 2014, pp. 315-329

Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014

Gabriel Fernández García

4.- Casos de especial dificultad interpretativa

4.1.- ¿Merece la calificación de “contractual” la acción ejercitada por el subadquirente de un producto contra el fabricante del mismo?

Análisis de la STJCE 17 junio 1992 (As. C-26/91), Jacob Handte / Mécano Chimiques

INTRODUCCIÓN

El derecho en el mundo es demasiado amplio y con matices muy diferentes; la regulación que tiene cada país es tan diferente, que incluso se pueden entender y regular situaciones iguales de formas distintas.

La Unión Europea (UE) como la asociación que es trata no solo de unificar políticas, ideas, mercados, sino también trata de establecer un derecho uniforme dentro de los países que conforman dicha asociación. Por lo que ha pasado a crear diversos instrumentos jurídicos, independientes de cada uno de los derechos de cada estado que conforma la unión y con una visión e interpretación propia, por lo que sería contrario a este pensamiento, el tener en cuenta de manera pormenorizada las normas de cada uno de los estados partes.

Si partimos de la idea de que los instrumentos jurídicos de la UE tienen sus propios ejes, nos encaminamos a dejar de lado las regulaciones e interpretaciones que los estados miembros tienen a cada situación jurídica de carácter internacional, en donde estos instrumentos cobren aplicación. Así tendríamos que acudir a cada instrumento jurídico institucional y a las interpretaciones que da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Puesto que es arduo pensar darle una solución a un caso internacional en donde existe un conflicto de leyes, con un derecho interno.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad Contractual

De manera general podemos decir que la responsabilidad contractual es aquella que emana del incumplimiento total o parcial de un contrato, lo que supone que la parte afectada tiene el derecho de exigir el cumplimiento del contrato celebrado o el resarcimiento de los daños y perjuicios que se pudieran haber ocasionado por dicho incumplimiento.

Para que un contrato nazca a la vida jurídica, se necesitan de ciertos elementos, al respecto el derecho español en el artículo 1261 del Código civil dice lo siguiente:

“Artículo 1261.

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes.

- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca”.

De igual forma el derecho francés en el código civil en su artículo 1108 establece lo siguiente:

“Artículo 1108

Cuatro requisitos son esenciales para la validez de un contrato:

El consentimiento de la parte que se obliga;

Su capacidad de contratar;

Un objeto cierto que forme la materia del compromiso;

Una causa lícita en la obligación”.

No podemos decir que hay responsabilidad contractual sin la existencia de un contrato válido de por medio. Los contratos solo obligan a las partes contratantes, es decir a las personas que voluntariamente han creado vínculos jurídicos entre ellos, por lo que tampoco podemos pensar que existe responsabilidad contractual entre personas que no han consentido en obligarse entre sí.

Responsabilidad Extracontractual

Responsabilidad Delictual o Cuasidelictual

La responsabilidad delictual o cuasidelictual nace de la existencia de un delito o cuasidelito civil, es decir un hecho ilícito que si bien crea obligaciones no es causal de una pena; emana de la obligación de reparar un daño ocasionado ya sea con la intención de realizarlo o no.

Este tipo de responsabilidad no necesita de la existencia de un contrato, sino la de un daño, por lo que puede crear vínculos jurídicos entre personas que no han consentido en obligarse entre sí.

CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE FRENTE AL SUBADQUIRENTE DE UN PRODUCTO.

En principio, volvemos a la idea de que para que pueda existir una responsabilidad de carácter contractual es necesario que exista el contrato lícito celebrado libremente por las partes, de donde emanarán todos los derechos y obligaciones pactadas, y en el caso de su incumplimiento la posibilidad de exigir su realización y el pago de daños y perjuicios que se hayan podido producir por este.

Así, se debe tener en cuenta que otra de las características de los contratos es la autonomía de la voluntad, por lo que podría darse el caso de que existieran disposiciones a favor de terceros, lo que nos llevaría a que el tercero favorecido podría actuar frente al fabricante como parte del contrato. Tenemos por ejemplo al derecho español que permite la estipulación a favor de terceros, con la posibilidad de que este exija el cumplimiento del contrato siempre que haya hecho saber su aceptación al obligado.

El problema de calificar la responsabilidad en este caso yace en que nos encontramos ante posibilidades inmensas, y no solo por el hecho de la autonomía de la voluntad para formular los contratos, sino por el hecho de que en situaciones jurídicas internacionales, hablamos no de un derecho sino de una gama enorme de normas que contemplan posibilidades diversas, dándose el caso de que en algunos países se permita la estipulación en un contrato a favor de terceros y en otros no.

En efecto, podríamos decir de forma apresurada que no existe un nexo contractual entre fabricante y subadquirente, y llegar a la conclusión de que por lo tanto no existe una responsabilidad contractual entre estos, pero estaríamos dejando

por un lado la posibilidad de que efectivamente exista un vínculo contractual entre fabricante y subadquirente y por tanto la posibilidad de que existiera una responsabilidad contractual.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) por sentencia de 17 de junio de 1992, resolvió que los litigios internacionales que se produjeran entre fabricante que no sea vendedor y subadquirente de un producto, por defectos de la cosa o por no ser ésta adecuada para el uso destinado, no debía calificarse como responsabilidad contractual. Asimismo, reiteró que las normas institucionales emanadas de la UE entonces Comunidad Europea (CE) deben ser interpretadas de forma autónoma y que no cabe la remisión al derecho nacional para dar una calificación a la responsabilidad existente entre fabricante y subadquirente.

Ahora, el problema radica en establecer una calificación de “contractual o extracontractual” a la responsabilidad del fabricante frente al subadquirente, ya que si bien el TJCE resuelve que se calificará como responsabilidad delictual o cuasidelictual la responsabilidad por defectos de la cosa o por no ser ésta adecuada para el uso destinado, resuelve solo una situación en concreto.

En virtud, de que el derecho es tan vasto y cambiante de lugar a lugar, así como, que en muchos países se habla de una autonomía contractual, es inadmisibles dar una calificación tajante a la acción de responsabilidad del subadquirente contra el fabricante de un producto, ya que habría que analizar cada situación en concreto para poder otorgar una calificación fehaciente al tipo de responsabilidad a que haya lugar, y así poder decidir si merece ser una acción de tipo contractual o extracontractual.

BIBLIOGRAFÍA:

JIMÉNEZ BLANCO, P., *El contrato internacional a favor de tercero*, 2ª ed., Santiago de Compostela, 2002, pp. 43-54.

José Carlos Oropesa Tamés

4.2.- ¿Cómo ha de calificarse la “responsabilidad precontractual”?

Análisis de la STJCE 17 septiembre 2002 (As. C-334/00), Tacconi / Wagner

Introducción

La sentencia del Tribunal de Justicia (STJCE) de 17 Septiembre de 2002 tiene por objeto una cuestión relativa a la interpretación del artículo (art.) 5º, número 1 y 3 de la Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El litigio por detrás de la origen de esta sentencia (que hay sido propuesta por la Corte suprema di cassazione de Italia) es un litigio entre dos sociedades, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA (Tacconi – com domicilio social en Italia) y Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS – com domicilio social en Alemania), relativo a una indemnización de daños y perjuicios reclamada por Tacconi a HWS como reparación del perjuicio que la primera afirma haber sufrido como consecuencia de que la segunda incumpliera las obligaciones de lealtad y buena fe que deben observarse en las relaciones contractuales.

La cuestión interpretativa principal es se el concepto de “responsabilidad precontractual” se inserta o no la materia delictual o cuasidelictual en el sentido del art. 5º.3 de la Convenio de Bruselas de 1968. La respuesta a esta cuestión servirá de base a la determinación del tribunal competente para resolver el litigio.

La segunda cuestión, es se en el caso de el concepto de “responsabilidad precontractual” no estuvier contenido en el art. 5º3 se estará entonces contenida en el art. 5º1.

El art. 5º, números 1 y 3 del Convenio de Bruselas precisa:

“Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en outro Estado contratante:

1) en materia contractual, ante el tribuna del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

(...)

3) en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.”

Cuestión Interpretativa

Segundo el art. 2º del Convenio de Bruselas los demandados siempre pueden serlo ante los organos jurisdiccionales del Estado en que estén domiciliados. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe un principio según el cual todas las demandas contempladas en el Convenio de Bruselas, tendentes a que se declare la responsabilidad de un demandado, dan lugar a la aplicación de uno de los dos criterios de competencia especial previstos en el art. 5º, números 1 y 3 de este Convenio. El art. 5º es una excepcion al art. 2º de dicho Convenio.

Estas excepciones deben interpretarse de manera restrictiva. Es decir, las reglas de competencia del art. 5º no pueden aplicarse analógicamente en otros casos además de los previstos por el Convenio de Bruselas (esto, claro, sin privar su efecto pratico).

El concepto de obligaciones en materia delictual o cuasidelictual abarca las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas com la “materia contractual” en el sentido del 5º.1.

La Comision, en el ambito de sus funciones de protección juridica y de rechazamento de sentencias inconciliables, señala el significado autónomo e los conceptos de materia contracual y delictual o cuasidelictual y la exigencia de que un demandado que posean una información normal pueda prever razonablemente cuál es el órgano jurisdiccional ante el que podría ser demandado cuando no sea el del Estado de su domicilio. Admite, además, que el concepto de materia contractual ofrece la posibilidad de llevar a cabo una interpretación literal, encuanto que el concepto de materia delictual o cuasidelictual no ofrece dicha posibilidad. Esto implica que la materia delictual o cuasidelictual abarca las demandas no incluidas expresamente en el hecho contractual.

Así, es facil de llegar a la misma conclusion que la Comisión hay llegado: una demanda en materia de responsabilidad precontractual (que nace en el momento en que se rompen injustificadamente las negociaciones previas a un contrato) es una demanda en materia delictual o cuasidelictual en el sentido del art. 5º.3.

Lo que hay sucedido en el caso concreto, es que la sociedad HWS hay rompido negociaciones con la sociedad Tacconi, por lo que se hay dado un defraudamiento de la confianza en que fundaban tales negociaciones, y esto hace incurrir en responsabilidad.

La sociedad HWS hay incumplido una oblicación legal: la que obliga a las partes a actuar de buena fe, y su inobservancia puede constituir un acto ilícito.

Así, será aplicable el art. 5º.3 del Convenio de Bruselas. Sin embargo, tal accion

es, a contrario, sobre una obligación asumida por la otra parte frente al demandante, debe ser considerada una obligación en materia contractual en el sentido del 5º1 del mismo Convenio.

Análisis crítica como conclusión

Teniendo en cuenta los hechos del cuestión principal:

- contrato de compra de una fundidora automática por parte de Toccani a la sociedad HWS (fabricante de dicha máquina)

- inexistencia de una relación contractual

- incumplimiento de la obligación por parte de HSW de comportarse adecuadamente y de obrar de buena fe, al rechazar en las negociaciones cualquier propuesta y a romper las negociaciones inapropiadamente (vulneración de la confianza de Tacconi en que el acuerdo llegaría a perfeccionarse)

- constitución de un acto ilícito

- responsabilidad

Facilmente llegamos a la conclusión de la cuestión prejudicial:

- basándome en las consideraciones precedentes, concluyo efectiva y evidentemente que la noción de “materia delictual o casi delictual” se admite en el ámbito de aplicación del art. 5º3 de la Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Tania Gregorio Marques

5.- El foro del «lugar de producción del hecho dañoso»

5.1.- ¿Cuál es el “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” cuando se trata de un “ilícito a distancia”?

Análisis de la STJUE 3 abril 2014 (As. C-387/12), Hi Hotel HCF SARL / Uwe Spoering

CONCEPTO Y PROBLEMAS JURIDICOS SUSCITADOS

Primero empezamos a comentar el concepto de ilícitos a distancia, son aquellos que se componen de dos elementos que además se localizan en países diferentes. Elementos a, el hecho generador, que se produce en un país. Elemento b, el daño, que se verifica en otro país o países diferentes.

En cuanto a los problemas jurídicos solicitados por los ilícitos a distancia. Estos ilícitos a distancia, plantean el problema de identificar cual es el país que corresponde al lugar donde se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso, que es la expresión empleada por el art 5.3 RB 1 como foro de competencia judicial internacional.

La aplicación del artículo 5.3 RB-I a los ilícitos a distancia puede concretarse en diversas reglas que han sido concretadas por el TJUE:

PRIMERA REGLA: IDENTIFICACION DOBLE DEL LUGAR DEL HECHO.

La tesis de la ubicuidad. Indica el TJUE que, el lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso, es tanto el lugar del estado miembro donde ha ocurrido el hecho causal, como el lugar del estado miembro en cuyo territorio se verifica el resultado lesivo o el daño. Ésta es la tesis de la ubicuidad.

1. Cuando se demanda en arreglo al foro del lugar del hecho causal de un daño pluri localizado, el tribunal designado pro dicho precepto es competente para conocer de la responsabilidad por los daños producidos, en su caso, en todo el mundo

2. Por el contrario, cuando se demanda con arreglo al foro del lugar del daño, el tribunal es competente para conocer de la controversia relativa a los daños producidos, exclusivamente, en dicho país.

SEGUNDA REGLA: SISTEMA OPTIO FORI.

El demandante dispone de una opción, pues puede decidir a qué tribunales estatales desea acudir. El actor puede presentar su demanda ante los tribunales del estado miembro donde se produjo el hecho generador del daño, o ante los tribunales del estado miembro en cuyo territorio se verificó el daño o lesión. El demandante es completamente libre de accionar en un estado miembro o en otro. En ningún caso se puede acusar al demandante de fraude procesal por presentar su demanda en el estado miembro donde tiene su domicilio si el lugar del hecho causal o del resultado lesivo se localizan en dicho estado.

TERCERA REGLA: IDENTIFICACIÓN DEL LUGAR DEL HECHO CAUSAL.

Para poder demandar en el lugar en el que se ha verificado el hecho causal, es preciso que tal hecho causal sea, el hecho que realmente causa el perjuicio.

CUARTA REGLA: IDENTIFICACION CONCRETA DEL LUGAR DEL RESULTADO DAÑOSO.

Para precisar cuál es este lugar, resulta necesario distinguir el tipo del litigio:

a) Litigios por daños materiales directos.

b) Litigios por daños en los derechos de la personalidad producidos mediante prensa escrita o similar. El lugar del daño es aquel en el que concurren, cumulativamente dos circunstancias:

- Debe tratarse de un lugar en el que la publicación ha sido difundida

- Además, debe tratarse de un lugar en el que la víctima es conocida, es sencillo detectar el país o países en los que se ha difundido la publicación física y además también es sencillo cuantificar el número de ejemplares distribuidos y vendidos en casa país.

- Litigios pro daños de los derechos de la personalidad producidos en internet.

- Litigios derivados de daños a la propiedad intelectual e industrial verificados en internet. El lugar del daño es el estado miembro donde la marca o derecho incorporado se haya registrada legalmente, que podrán conocer de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho de propiedad industrial o intelectual el lugar del hecho causal, el lugar donde radica el establecimiento del anunciante o presunto responsable de la vulneración del derecho de propiedad intelectual o industrial, que es el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio.

QUINTA REGLA: EL NEXO DE CAUSALIDAD JURISDICCIONAL

El sistema de la *optio fori* que se deriva del artículo 5.3 RB-I en los casos de ilícitos a distancia exige comprobar que el daño se ha producido pro efecto directo del agente causal debe quedar acreditado un nexo causal entre el daño y el hecho que le origina. En consecuencia, es preciso concretar que el agente causal o hecho generador ha producido, de manera directa, un daño. El precepto requiere una causalidad directa. Varias precisiones resultan oportunas:

- Esta exigencia solo funciona bien si existe una sola causa del daño.
- Los casos en los que el daño se produce por la combinación de dos causas diferentes. Puede afirmarse que en estos casos difíciles resulta conveniente seguir la tesis de la causalidad adecuada. En casos de daños debidos de varias causas concomitantes deben eliminarse del análisis aquellas causas o eventos que de manera muy improbable hubieran causado el daño. Solo es relevante, como hecho generador de un daño extracontractual aquel hecho del que resulta probable esperar un daño.

SEXTA REGLA: POTENCIACIÓN PRÁCTICA DEL FAVOR ACTORIS

La tesis del principio de ubicuidad no persigue favorecer a la víctima. Es inevitable concluir que, potencia no el *forum victimae* pero si el *forum actoris*. El paso donde se verifica el resultado lesivo es el país donde está domiciliado el demandante, sea este la presunta víctima o el presunto responsable. *STJCE 7 marzo 1995, Shevill*.

RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE ABRIL DEL 2014.

ANTECEDENTES

Nos encontramos ante En el asunto C-387/12, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Alemania), mediante resolución de 28 de junio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de agosto de 2012, en el procedimiento entre Hi Hotel HCF SARL y Uwe Spoering,

Habiéndose celebrado la vista el 5 de Septiembre del 2013, se dictó la siguiente sentencia: la petición judicial que versa sobre el artículo 5 punto 3 del reglamento 44/2001, sobre un litigio en relación de una acción de cesación de una infracción del Derecho de autor y una petición de indemnización.

MARCO JURÍDICO

Respeto al marco jurídico se hace referencia a los siguientes preceptos:

- Considerandos segundo, undécimo, duodécimo y decimoquinto del Reglamento 44/2001.

- Las normas sobre competencia judicial internacional del Capítulo II del Reglamento 44/2001.

- Artículo 2, 3.1, 5 del Reglamento 44/2001

LITIGIO PRINCIPAL

El Señor Spoering, es un fotógrafo que durante el mes de Febrero del 2003 realizó unas fotografías, por encargo de Hi Hotel, 25 diapositivas de diferentes habitaciones del mismo situado en Niza. El Sr. Spoering cedió a Hi Hotel el derecho de explotar las fotografías en folletos publicitarios y en sus páginas de Internet. Los derechos de explotación no fueron objeto de ningún acuerdo por escrito. Hi Hotel abonó una factura y contenía la mención «include the rights – only for the hotel hi».

En 2008, el Señor Spoering descubrió que se habían publicado nueve de sus fotografías en una librería publicado por la editorial Phaidon. El Señor Spoering ejerció una acción contra Hi Hotel por haber cesado en el acuerdo de reproducción, difusión y exposición en el medio alemán por medio de terceros. El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó la demanda del Sr. Spoering y el recurso de apelación de Hi Hotel no prosperó. El órgano jurisdiccional remitente señala que no contradichas por el Sr. Spoering, la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales alemanes en virtud del artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe verificarse sobre la base de los hechos invocados, según los cuales la editorial Phaidon de Berlín difundió en Alemania las fotografías controvertidas vulnerando así el Derecho de autor y Hi Hotel contribuyó a dicha infracción al ceder las referidas fotografías a la editorial Phaidon de París.

CUESTIÓN PREJUDICIAL

Sobre la admisibilidad de la petición de la decisión judicial

Hi Hotel sostiene que ha de declararse la inadmisibilidad de la petición prejudicial porque carece de pertenencia para el litigio principal. La negativa del Tribunal de Justicia al pronunciarse sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. Según el art 5.3 del Reglamento 44/2001 considera acreditadas las alegaciones del demandante en lo que respecta a los requisitos de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. En consecuencia, procede admitir la petición de decisión prejudicial.

Sobre el fondo

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de pluralidad de presuntos autores del daño alegado a los derechos patrimoniales de autor protegidos en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, esta disposición permite determinar una competencia jurisdiccional respecto de uno de estos autores que no actuó en la circunscripción territorial de dicho órgano jurisdiccional. Hay que examinar el artículo 5.3 Reglamento 44/2001 que permite atribuir la competencia, atendiendo a la producción del daño, a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en contra de uno de los presuntos autores de dicho daño a pesar de éste no actuó en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda. En caso de pluralidad de presuntos autores del daño alegado a los derechos patrimoniales de autor protegidos en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda atendiendo al hecho causal del daño, la competencia de un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial no actuó aquel de los presuntos autores contra quien se ejercita la acción, pero permite determinar la competencia de esta jurisdicción atendiendo al lugar en que se ha producido el daño alegado siempre que éste pueda producirse en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda.

El Tribunal de Justicia declaró el artículo 5.3 Reglamento 44/2001 como válido.

BIBLIOGRAFÍA:

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ. J., *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, 15ª edición, editorial Comares, 2014-2015.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE ABRIL DE 2014.

Mercedes Gómez Martín

5.2.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño”?

Análisis de la STJCE 16 julio 2009 (As. C-189/08), Zuid-Chemie BV / Philippo's

Introducción: Posición de las obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado. Definición de obligaciones extracontractuales.

Podemos decir que el Derecho Internacional Privado es aquella rama del ordenamiento jurídico encargada de la regulación de las relaciones privadas de tráfico externo, esto es, aquellas relaciones entre particulares en las que existe un *elemento de extranjería*⁴².

De la anterior definición, podemos extraer la importancia que puede tener en este ámbito las obligaciones contractuales, siendo éstas la principal expresión de las relaciones jurídicas entre particulares.

Sin embargo, no podemos decir que el contenido del Derecho Internacional Privado acabe aquí, sino que de las relaciones jurídicas entre particulares en el ámbito internacional, pueden surgir otro tipo de obligaciones: las denominadas como “obligaciones extracontractuales”. Si bien es cierto que gran parte de la doctrina se ha centrado en el estudio de las obligaciones contractuales, la relevancia de este segundo tipo de obligaciones privadas no es menor. Para empezar, podemos decir que el número de supuestos derivados de dichas obligaciones es inmenso, por lo que la posibilidad de que nos encontremos con supuestos transfronterizos es inevitable. Además, la necesidad de un marco legal preciso es fundamental, en tanto que podemos encontrarnos con supuestos de gran complejidad. De todo esto se hace eco el legislador comunitario, que adopta una serie de Reglamentos de obligado cumplimiento para el conjunto de la Unión Europea, además de la intervención política de los propios Estados, que llevan a cabo convenios internacionales para legislar sobre materias específicas en este aspecto, así como en el ámbito nacional, sobre los cuales profundizaremos.

Una vez situados, podemos dar una definición de “obligaciones extracontractuales”. Como suele ser normal en esta rama jurídica, la participación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a partir de ahora, TJUE) es necesaria, puesto que no se da una definición exacta en la normativa vigente. Dicha institución de la Unión Europea ha optado por incluir como “materia delictual o cuasidelictual” a aquellas materias que no están consideradas como materias contractuales (*definición negativa*⁴³). Dado que esta afirmación era insuficiente, ya que en muchos supuestos

⁴² Elemento de extranjería: ya sea desde el punto de vista subjetivo (particulares de la relación) o del punto de vista objetivo (objeto de la relación)

⁴³ La interpretación llevada a cabo por el TJUE se ha caracterizado siempre por ser autónoma e independiente de las de los Estados Miembros, con la finalidad de dar una posición unánime respecto a un mismo problema (Principio de Unidad)

nos vamos a encontrar con una concurrencia entre materia contractual y “no contractual”, el TJUE ha optado por actuar casuísticamente, dejando casos específicos fuera del ámbito de las obligaciones extracontractuales (ej.: Acción pauliana cuyo objeto no es la condena del demandado a la reparación de los daños causados, STJUE, 16 de marzo de 1992)

Foro de competencia especial. Las dos perspectivas clásicas del Derecho Internacional Privado:

Competencia Judicial Internacional.

En materia de obligaciones extracontractuales, a la hora de determinar los tribunales competentes para conocer del asunto, podemos tener en cuenta los siguientes regímenes:

- Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- Convenio de Lugano 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- Convenios Internacionales, sobre materias específicas.

- Régimen Estatal o Autónomo (Ley Orgánica del Poder Judicial)

Dentro de este conjunto normativo, hay que tener en cuenta, en primer lugar, el Art. 7.2 del Reglamento 1215/2012, el cual actúa como foro de competencia especial, puesto que es solo es válido para obligaciones extracontractuales, y según el cual, permite acudir a los tribunales del Estado Miembro en cuyo territorio se haya producido, o pudiese producirse el hecho dañoso. Este foro es concurrente, es decir, podrá acudirse a él, o bien, a otros previstos en dicho Reglamento y que gozan también de esta prerrogativa concurrente (ej.: Foro general del domicilio del demandado (Art. 4 R 1215/2012))

En segundo lugar, también podemos encajar el tema que nos atañe, dentro del art.22 bis LOPJ, siempre y cuando no podamos acudir a otra normativa, ya sea comunitaria o internacional, ya que queda fuera de su ámbito de aplicación (carácter subsidiario del derecho estatal). Este precepto recoge el mismo foro anteriormente previsto, pero para determinar la competencia de los tribunales españoles, obligando a que el hecho dañoso ha de producirse en territorio español para que pueda acudirse a la LOPJ. Además, solo será operativo si el demandado no está domiciliado en Estado Miembro o Estado parte del Convenio, o no existe sumisión de las partes a algunos de estos Estados (de nuevo se aprecia el carácter residual).

Ley aplicable

A la hora de designar la ley que han de aplicar los tribunales competentes para resolver la responsabilidad extracontractual por daños, habrá que acudir, si se cumple el ámbito de aplicación, al art.4.1 del Reglamento 864/2007 (“Roma II”), el cual reza lo siguiente:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.”

Pero además, dentro del Reglamento Roma II, nos encontramos con supuestos específicos que determinan la ley aplicable y que hacen alusión de nuevo al lugar del

hecho dañoso. Un ejemplo sería la responsabilidad por daños medioambientales, en los que se habla del lugar del hecho dañoso (Art.7 Reglamento “Roma II”).

Por último, hay que tener en cuenta que en caso de que no se aplique tal Reglamento, los tribunales españoles podrán acudir al art.10.9 CC, para resolver este problema de conflicto de leyes, según el cual, determina la ley aplicable en función del lugar donde haya ocurrido el hecho del que se derive, esto es, el lugar del hecho dañoso.

Determinación de lugar del hecho dañoso:

Importancia de la jurisprudencia: Especial alusión a STJCE 16 julio 2009 (As. C-189/08), Zuid-Chemie BV / Philippo’s.

En primer lugar, tendremos en cuenta la STJCE, de 16 de julio de 2009, en la cual se da una interpretación del antiguo art.5.3 Reglamento 44/2001(modificado por Reglamento 1215/2012).

Se va a considerar que en un litigio sobre materia extracontractual, el término “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” hay que entenderlo como el lugar “donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado.” Esta es una de las primeras interpretaciones que da dicha institución al referido artículo, considerando que el legislador comunitario se refería al lugar donde se han producido los daños de forma efectiva, donde ha sobrevenido el perjuicio provocado por el hecho causal. Por lo tanto, se deja a un lado el lugar donde nace la causa del daño.

Como antes se ha dicho, la labor interpretativa del TJUE es fundamental en el tema que nos atañe ya que la legislación reguladora es insuficiente, no es precisa, ya que en innumerables supuestos de hecho, podemos atribuir la competencia judicial o la ley reguladora a diversos Estados aunque se acuda a un único foro: el foro especial del lugar en el que se ha producido o pudiere producirse el hecho dañoso. Es lo que se denomina como delitos complejos o a distancia.

Para resolver esta problemática, el TJUE decidió que por la expresión lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso, debería entenderse en el sentido de que alude a la vez al lugar donde ha sobrevenido el daño, el lugar en el que se manifiestan las principales consecuencias, y, además, el lugar del hecho donde nace el daño (hecho causal).

Por lo tanto, podemos decir que la demanda se va a poder interponer en ese sentido en diversos países, eligiendo cualquiera de ellos el demandante.

Otros Casos Problemáticos.

La definición dada anteriormente no pudo resolver todos los supuestos a los que se enfrenta el TJUE, por lo que debió ir más allá a través de nuevas interpretaciones, adaptándose a las circunstancias de cada caso.

Así, se le planteó el problema del hecho ilícito que causa un daño inicial a una víctima directa, pero también lo hace de forma indirecta a terceros sujetos. En este caso, el Tribunal de Justicia optó por obligar a las víctimas indirectas a acudir a los tribunales del lugar donde se hubiere producido el daño para la víctima directa.

Otro supuesto viene referido a una demanda en la que la víctima principal no sólo tuvo en cuenta los daños producidos por el daño inicial sino también por las repercusiones patrimoniales y físicas que supuso ese daño inicial, estando en otros países. Ante esta situación, el TJUE optó por dar una interpretación restrictiva,

considerando que solo serían competentes los tribunales del Estado en cuyo lugar se hubieren producido los principales daños, esto es, **el lugar del hecho causal**.

No puede acudir a otros tribunales por el hecho de que las consecuencias de dicho daño principal se manifiesten en terceros países.

Por último, hay que destacar en este ámbito la responsabilidad extracontractual derivada de la intromisión ilícita en derechos de la personalidad a través de Internet. En este caso, la evolución interpretativa nunca ha sido unitaria, ya que se han dado soluciones distintas en épocas diferentes.

El problema en estos casos es claro, no existe una delimitación clara del lugar del hecho dañoso, ya que la expansión por Internet de contenidos no puede controlarse.

Para abordar esta situación, es importante tener en cuenta tanto la doctrina Shevill como la posterior STJ de 25 de Octubre de 2011, la cual aborda un supuesto litigioso referido a lesiones de los derechos de la personalidad a través de contenidos publicados en Internet.

Por un lado, “La doctrina Shevill” se decanta por afirmar que cuando la información se difunde en un determinado Estado, esto es, cuando el sitio en el que se publica la información que atenta contra los derechos de la personalidad es accesible en ese Estado, sus tribunales podrán conocer de las demandas por daños causados a los derechos de la personalidad. Pero esta competencia se limitará a los daños que se produzcan en ese Estado, a la valoración de la responsabilidad y de la correspondiente indemnización por los daños que haya ocasionado la publicación en el mismo. Además, se exige también que la víctima tenga una reputación en el Estado miembro en concreto, que haya sido dañada.

Por lo tanto, podríamos decir que da una interpretación claramente extensiva del artículo, pudiendo conocer según dicha doctrina cualquier tribunal de un Estado miembro en el que la víctima tenga un cierto grado de reputación y que la información causante de tal presunta violación sea accesible en dicho Estado Miembro.

Ante esta postura extensiva, lo que ha hecho el Tribunal de Justicia es suavizarla, evitando así la proliferación de foros, primero a través de lo que se denomina como “foro del centro de intereses de la víctima”, y, posteriormente, a través del “centro de gravedad del conflicto”. Se rompe con el criterio anterior y se prevé que para que el tribunal del Estado que corresponda pueda conocer de esta acción se requiere que sea el lugar donde el afectado “desarrolla esencialmente su proyecto vital”, teniendo en cuenta además la naturaleza de la información. Hablamos pues del lugar de “centro de interés” de la víctima

Bibliografía:

MAESTRE CASAS.P, DURÁN AYAGO.A, VELÁZQUEZ SÁNCHEZ.M., Aplicación práctica del Derecho Internacional Privado: Casos y Soluciones. 4º Edición Revisada y Actualizada.

MENÉNDEZ URÍA: Departamento de Derecho de la Empresa, Derecho Internacional Privado. Tema XVII: Obligaciones extracontractuales.

Arturo Codón Juan

5.3.- ¿Cuál es el “lugar en el que se produce hecho causal de daño” en los supuestos de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos?

Análisis de la STJUE 16 enero 2014 (As. C-45/13), Andreas Kainz / Pantherwerke AG

INTRODUCCIÓN

Este tema se enmarca en el estudio de las obligaciones extracontractuales, definidas por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica como "la obligación de reparar un daño derivado de un hecho distinto a la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual". La importancia de estas obligaciones en este tema viene dada principalmente por la repercusión transfronteriza de su ámbito. De hecho, hoy es frecuente la fabricación de productos en un determinado país y su comercialización en otros, de modo que es normal la abundancia de conflictos en relación con los defectos de los mismos. Para dar solución a estos conflictos encontramos distintos ordenamientos jurídicos vinculados entre sí, configurando lo que llamamos Derecho Internacional Privado.

En lo que se refiere a cuál es el lugar en el que se produce el hecho causal del daño no encontramos un instrumento específico que regule su ámbito material, sino que será necesario poner en relación distintos instrumentos de regulación indirecta, así como la jurisprudencia existente en relación con esta cuestión. El marco jurídico aplicable a esta cuestión es el siguiente:

- Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

- Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como “Roma II”.

- Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños por productos defectuosos.

- Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973.

Tras un repaso breve de los mismos, así como de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 16 de enero de 2014 (As. C-45/13), *Andreas Kainz / Pantherwerke AG*, concluiremos qué debe interpretarse por la expresión "lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso" y su posterior aplicación en el caso concreto de los supuestos de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Sobre la expresión *lugar donde se hubiere producido... el hecho dañoso*

Cuando acudimos Reglamento (UE) 1215/2012 nos encontramos con que, además del foro general del domicilio del demandado, y de la posibilidad de las partes de someterse expresa o tácitamente a los tribunales de un Estado miembro, se establece un foro especial de competencia judicial internacional en esta materia, en tanto que en virtud del art. 7.2:

Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (...) 2) En materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

Esta cuestión, sin embargo, plantea dos interrogantes: por un lado, el alcance de la expresión misma y, por otro, la concreción de este foro cuando no coincide el lugar del hecho causal (denominado país de origen) con aquél donde se manifiesta la lesión (país de resultado). Este último, si bien el TJUE ha determinado en qué lugares puede el demandante emplazar al demandado es una cuestión que ahora no nos interesa.

En relación con el primero, en cambio, interesa señalar que el TJUE precisó en el As. C-364/93, *Marinari*, lo siguiente:

Aunque se admita así que el concepto de "lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso", en el sentido del número 3 del artículo 5 del Convenio, puede referirse a la vez al lugar en donde sobrevino el daño y al lugar del hecho causante, dicho concepto no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar⁴⁴.

⁴⁴ En la sentencia se hace referencia al art. 5.3 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I), el cual fue derogado por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I *refundido*); esta cuestión es la misma que se encuentra regulada en su art. 7.2.

Así, podemos concluir que esta expresión hace referencia al "*lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está estimado*" (As. C-189/08, *Zuid-Chemie*).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, DE 16 DE ENERO DE 2014 (As. C-45/13) *Andreas Kainz / Pantherwerke AG*

Presentación de la sentencia

La sentencia a la que este apartado se refiere da respuesta a la cuestión prejudicial presentada por los tribunales austriacos (Oberster Gerichtshof) al conocer de un recurso de casación, para el que necesitaron aclarar el concepto de lugar del hecho causal en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

En litigio principal se da entre el Sr. Kainz, un consumidor que compró a Funbike GmbH, una sociedad minorista con domicilio en Austria, una bicicleta fabricada por Pantherwerke AG, empresa domiciliada en Alemania, que fabrica y comercializa bicicletas. El conflicto tuvo lugar cuando la competencia de los tribunales austriacos es refutada por el demandado, que entiende que el lugar del hecho causante del daño se encuentra en Alemania.

Ante tal situación, tras la declinación de la competencia en primera instancia y en apelación, los tribunales austriacos deciden suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en la que se solicita la aclaración de si la expresión "lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso" debe interpretarse en el sentido de que es el lugar de la sede del fabricante; el lugar de la puesta en circulación del producto, o bien el lugar de la adquisición del producto por el usuario.

Asimismo, se plantea una segunda cuestión para el caso de que deba entenderse el lugar de la puesta en circulación, en tanto que si la misma se da cuando el producto sale del proceso de fabricación y entra en el proceso de comercialización, o si no hay puesta en circulación hasta que no se distribuye de forma estructurada a los consumidores finales.

Análisis de la cuestión

En primer lugar, hacer alusión al hecho de que puesto que el Reglamento 1215/2012 es de reciente aplicación, hemos de tener en cuenta que para la resolución de esta sentencia, a pesar de estar ya en vigor, era aplicable el Reglamento Bruselas I, por lo que en todo momento se hace referencia al art. 5.3 del mismo.

En la sentencia se lleva a cabo, en primer lugar, el análisis del marco jurídico aplicable sobre el que ya hemos hecho referencia en la introducción, y que se centra, principalmente, en lo relativo a la ley aplicable. Sin embargo, puesto que la cuestión prejudicial que da lugar a la sentencia que ahora nos interesa se plantea exclusivamente sobre la determinación del lugar del hecho causal, no haremos referencia al resto.

En este sentido, como ya hemos visto, cuando el lugar en el que se sitúa el hecho que puede generar una responsabilidad no coincide con el lugar donde ese hecho haya originado un daño no sean idénticos, la expresión "lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso" debe interpretarse en el sentido de que se refiere a los dos a la vez: tanto al lugar en el que se produzca el daño, como el lugar del hecho causal que origina el daño, de modo que la concreción del foro atenderá a ambos lugares. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que la identificación de uno de estos puntos de

conexión tiene que otorgar la competencia al órgano jurisdiccional que se encuentre objetivamente en mejores condiciones de apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad demandada.

En este sentido, en el caso concreto de los daños causados por productos defectuosos entenderemos, en principio, que el lugar donde se produce el hecho que haya dañado el propio producto será el lugar donde se haya fabricado el mismo, puesto que razonablemente se puede prever que ese tribunal estará en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio que implique la comprobación de un defecto de tal producto. Esto es lógico si tenemos en cuenta la posibilidad de recoger en él los medios probatorios para demostrar el defecto, así como por la proximidad del órgano jurisdiccional para facilitar la ordenación eficaz del proceso y, por ende, una buena administración de la justicia.

CONCLUSIONES

Lugar en el que se produce el hecho causal del daño en los supuestos de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

En definitiva, debe declararse que, en los casos en que nos encontremos con un supuesto de responsabilidad de un fabricante por la venta de un producto defectuoso, el lugar del hecho causal que vamos a tener en cuenta para la determinación del foro de competencia será el lugar de fabricación del producto de que se trate.

Conclusión de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 16 de enero de 2014 (As. C-45/13), *Andreas Kainz / Pantherwerke AG*

En la misma, además de aclarar dónde se entiende producido el daño, determina que no puede prosperar la alegación del demandante (Sr. Kainz) de que la interpretación de esta competencia especial del art. 7.2 debe tener en cuenta también el interés del perjudicado, permitiéndole entablar la acción en su país de domicilio, ya que este foro no persigue ofrecer una protección reforzada a la parte más débil.

Asimismo, la interpretación que propugna de que el lugar del hecho causal es aquel en el que se transmite el producto al consumidor final o al distribuidor tampoco garantiza que siempre ese consumidor vaya a poder acudir a los órganos jurisdiccionales de su domicilio.

En último término, hemos de tener en cuenta que ante la imposibilidad de determinar, con arreglo a los criterios del art. 7.2 del Reglamento 1215/2012, la competencia de un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que esté domiciliado el demandante, se seguirá la regla general de la competencia de los tribunales del domicilio del demandado.

María Esteva Beloso

5.4.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando se trata de una difamación en prensa escrita?

Análisis de la STJCE 7 marzo 1995 (As. C-68/93), Fiona Shevill / Presse Alliance

Estado de la cuestión

La prensa escrita bien como el internet, mientras medio de información y comunicación global, coloca en cuestionamiento la competencia de lo Derecho mientras sistema de regulación, social y desafía la capacidad de respuesta de los

ordenamientos jurídicos, expresamente en sede de tutela de los derechos de personalidad.

En la Unión Europea (UE) ha sido adoptado el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo Y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que substituyó las relaciones entre los Estados-Miembros, el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 y anteriormente la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

El principal problema de aplicación del art. 5.3 (hoy art.7.2) del Reglamento 44/2001⁴⁵ gira en torno a la interpretación de su criterio atributivo de competencia judicial internacional y también de competencia territorial, esto es, la localización del daño (*forum delicti commissi*). Y según se interprete este criterio se prorrogará la competencia judicial internacional a los Estados Miembros.

El concepto “lugar del daño” es un concepto autónomo, susceptible de diversas interpretaciones por los Estados Miembros, por lo que resulta de gran importancia la doctrina jurisprudencial del TJUE en la materia. No podemos dejar de referir que el art. 5.3 (hoy art. 7.2) incorpora un foro especial, que es diseñado para el supuesto de las obligaciones extracontractuales. O sea, incorpora una norma de competencia judicial internacional de carácter especial en materia delictual y cuasidelictual. El punto de partida para la jurisprudencia del TJUE (antes TJCE) es la exigencia de una interpretación restrictiva de las competencias especiales por tratarse de excepciones a la regla general contenida en el art. 2.1 (hoy art. 4.1), esto es, el principio de competencia de los tribunales del Estado del domicilio del demandado. En esta medida, la aplicabilidad de la regla especial determina, tanto la competencia judicial internacional, como también la competencia territorial interna, al referir al tribunal del lugar de producción del hecho dañoso.

El primer paso para la aplicación de la regla especial de competencia es el de la cualificación, delimitando así el concepto delictual o cuasidelictual del enunciado del art. 5.3 (hoy art. 7.2)⁴⁶, lo que no ha planteado en líneas generales mayores problemas una vez que el TJUE(antesTJCE) sentó los criterios interpretativos pertinentes. El segundo paso es la concreción del criterio de localización “lugar del daño”. El TJUE considera que la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”⁴⁷ comprende, tanto el lugar donde se produce el hecho causal, como el lugar donde sobreviene el daño o resultado que ha sido lesivo a la víctima.⁴⁸ Siguiendo esta doctrina, la víctima puede elegir cualquier de los dos foros, esto es, siempre que no coincida el lugar de la acción dañosa y el del resultado dañoso.

Todavía, la aplicación de esta doctrina puede resultar difícil cuando ni el lugar de origen del daño ni el del resultado son fáciles de determinar. Esto ocurre con los medios de difusión masivos como la prensa, la televisión o el internet y estos medios de difusión y de comunicación pueden ser lesivos a los derechos de personalidad cuando se trata de publicación ilícita de información. Aquí, se torna más difícil determinar el lugar de origen del daño. También puede ocurrir en aquellas ocasiones en que el lugar de determinación del hecho dañoso y de manifestación de los efectos

⁴⁵ El Convenio de Bruselas de 1968 ha sido sustituido por el Reglamento 44/2001, manteniéndose por el éste último básicamente los mismos criterios de competencia judicial internacional, idéntico en el caso del art. 5.3, y por ello resulta también aplicable la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) anteriormente denominado por Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

⁴⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma la necesidad de realizar una interpretación autónoma del concepto de “materia delictual o cuasidelictual”. Esta interpretación debe tomar en cuenta los objetivos del Reglamento 1215/2012 como medio de garantizar la eficacia y una aplicación que sea uniforme en todos los Estados Miembros. Se entiende que la noción de materia delictual o cuasidelictual comprende toda la demanda que tenga por objeto exigir la responsabilidad de un demandado, por el daño causado. O sea, todas las demandas que no están relacionadas con la materia contractual.

⁴⁷ La expresión “lugar de producción del hecho dañoso” exige una interpretación autónoma.

⁴⁸ El lugar de producción del hecho dañoso y el lugar donde ha sobrevenido el daño derivado de aquel se encuentren en el mismo Estado Miembro de la UE. Aquí se aplicará la regla prevista en el art. 7.2 (antes 5.3) del Reglamento 1215/2012.

que son derivados del mismo no coinciden.⁴⁹ En el supuesto de que ambos lugares radiquen en diferentes Estados Miembros, el TJUE admite que una persona puede ser demandada tanto ante el tribunal del lugar de producción del ilícito o ante el tribunal del lugar donde se manifestaron los efectos. Así siendo, el TJUE ha interpretado el concepto de lugar de producción del hecho dañoso como significando el lugar donde se ha producido el hecho causal y también el lugar(es) donde se han hecho patentes los efectos del hecho dañoso.⁵⁰

Sentencia *Shevill* (fijación del ámbito territorial o fijación del ámbito de competencia asumido por el tribunal competente)

Relativamente a la competencia, podrá ocurrir la presencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la competencia de los mismos, en aquellas ocasiones en que las consecuencias lesivas se pueden hacer patentes en varios Estados. A través de la Sentencia *Shevill*⁵¹, cuyo ilícito se trataba de una difamación, el Tribunal de Justicia ha considerado que el demandante mantiene la posibilidad de acudir, tanto al órgano jurisdiccional del lugar donde se produjo el hecho dañoso⁵², como al tribunal del lugar donde se manifiestan los efectos de ese hecho⁵³. Los tribunales de la ciudad de París, ciudad donde se ha producido la difamación (el hecho dañoso), serían competentes para reparar la integridad de los danos derivados de ella, independientemente de que éstos se hubieran producido en Francia o no. Pero, los efectos de la difamación se han producido en Inglaterra, siendo los tribunales ingleses competentes apenas para conocer de los danos causados en Inglaterra, no siendo competentes para conocer de los danos generados en otro Estado Miembro.

O sea, tratándose de una difamación a través de un artículo de prensa escrito divulgado en varios Estados Miembros, la víctima puede intentar una acción de indemnización contra el editor:

a. En los tribunales del Estado Miembro del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, que son competentes para notar la integralidad de los daños resultantes de la difamación, o

b. En los tribunales de cada Estado Miembro donde la publicación fue divulgada y donde la víctima alega que su reputación fue perjudicada, los cuales serán competentes para conocer sólo de los daños causados en el Estado del tribunal donde la acción fue propuesta.

La verdad, es que esta Sentencia *Shevill* tiene algunas deficiencias, pues el demandado tiene que afrontar su responsabilidad bajo una multiplicidad de ordenamientos jurídicos nacionales, como también de los Estados Miembros donde su conducta ha sido lesiva y ha causado efectos lesivos. Habiendo un litigio, hay una pluralidad de foros competentes lo que puede llevar a la aplicabilidad de varios Derechos y a veces se plantea que, debido a la multitud de sistemas legales aplicables, el sujeto debe cumplir con los estándares normativos de todos los ordenamientos jurídicos, de modo que el sistema jurídico más restrictivo será el sistema que decida sobre la admisibilidad o no de la conducta lesiva.

La Sentencia *Shevill* tiene también otras deficiencias que se hacen más patentes en algunos Sistemas de la Información como es el caso de la Internet, pues, se trata

⁴⁹ Sentencia de 30-11-1976, asunto 21/76, *Handelskwekerij Bier c./Mines de Potasse d'Alsace*.

⁵⁰ Aplicabilidad de la teoría de la ubicuidad.

⁵¹ Sentencia de 07-03-1995, C-68/93, *Shevill and others c./Presse Alliance*

⁵² El TJUE ha dicho que el lugar del hecho causal del daño, solo puede ser el lugar del establecimiento del editor, o sea, es el lugar de origen donde se ha producido las difamaciones. El foro del lugar en que se hay establecido el editor coincide con el foro del art. 4 del Reglamento 1215/2012 (foro del domicilio del demandado).

⁵³ El TJUE reconoce la competencia a los órganos jurisdiccionales de cada Estado Miembro donde se han manifestado los efectos de la difamación (a través de la prensa escrita), pero, esos órganos jurisdiccionales solo pueden conocer de la reclamación relativa a los danos causados en su territorio.

de un medio extraterritorial de difusión mundial, siendo, un medio más lesivo a los derechos de personalidad.

Conclusiones

En definitiva, los problemas de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (hoy art. 7.2 del Reglamento 1215/2012) tiene importantes repercusiones prácticas, pues, na verdad, no se encuentran resueltos totalmente por la jurisprudencia del TJUE (Sentencia *Shevill*) y esto es aún más patente en el nuevo contexto de la Sociedad de la Información. En alternativa a la competencia de los tribunales de cada lugar donde la víctima de las ofensas a los derechos de personalidad para la reparación de los daños ahí sufridos y a la competencia del lugar del establecimiento del editor de contenidos lesivos relativamente a la totalidad de los daños (Sentencia *Shevill*), el TJUE establece en la Sentencia *eDate Advertising*⁵⁴ un nuevo criterio de competencia judicial en las acciones de responsabilidad en las agresiones de los derechos de personalidad cometidas por la colocación en línea de los contenidos dañosos que permite a la víctima pedir la reparación de la totalidad de los daños sufridos en el tribunal del centro de sus intereses. Este criterio atiende a la especialidad del internet, en especial a las dificultades de determinación del *quantum respondeatur* teniendo en cuenta la accesibilidad universal de los contenidos que son colocados en el internet⁵⁵. La verdad, es que esta solución es la más favorable a la víctima, en el sentido de que permite a la persona recurrir a los tribunales del lugar donde tiene su centro de interés, mientras principal lugar de ocurrencia del hecho dañoso.

Cabe concluir, que sería conveniente que dentro de la uniformización de las normas de competencia judicial internacional en la materia se articularan normas específicas, al menos para determinados sectores de responsabilidad extracontractual cuyo derecho aplicable no se encuentra uniformizado, como las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 824/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007⁵⁶, en los que los litigios se multiplican, como es el caso de la lesión de los derechos de personalidad a través de los medios de comunicación e de información.

Bibliografía:

ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J.; MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, 9.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015

FERRER CORREIA, A., *Direito Internacional Privado – Alguns Problemas*, Coimbra, 1997

MOTA PINTO, C., *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005

MOURA VICENTE, D., *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2005

Ana Rute Magalhaes Medeiros

¹⁰ Sentencia de 25-10-2011, en los asuntos acumulados C-509/ y C-161/10, *eDate Advertising and others*, en esta sentencia se suscitaba la cuestión de la determinación de la expresión “lugar... donde pudiese producirse el hecho dañoso” que se encuentra contenido en el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012. El TJUE ha interpretado que el hecho dañoso se produce en el lugar en que la víctima tenga su centro de interés (lugar que puede ser su domicilio o el lugar en el que la víctima sea muy famosa y reconocida).

¹¹ Relativamente al internet hay mucha doctrina a respecto y se llega a la conclusión que el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012, no es adecuado para resolver los ilícitos relativos a este medio de información.

¹² Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

5.5.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando se trata de una información vertida en Internet?

Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martínez

RESUMEN DE LOS HECHOS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 25 DE OCTUBRE DE 2011).

Marco jurídico.

En esta sentencia se analiza la interpretación de ciertos preceptos de dos instrumentos internacionales, que en concreto son: el art. 5, número 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, “Reglamento”) y el art. 3, apartados 1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa, en particular, al comercio electrónico en el mercado interior (en lo sucesivo, “Directiva”).

De manera más amplia, el marco jurídico la engloban el undécimo considerando y los arts. 2.1, 3.1 y 5.3 del Reglamento; y el vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo quinto considerandos así como los arts. 1.1, 1.4, 2.h.i), 3.1, 3.2 y 3.4 de la Directiva.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales.

En esta sentencia se acumulan dos asuntos (el C-509/09 y el C-161/10)⁵⁷ en los cuales se plantean sendas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los preceptos anteriormente indicados.

Asunto C-509/09

El demandante, X, residente en Alemania, fue condenado en 1993 junto a su hermano a cadena perpetua por el asesinato de un conocido actor. La sociedad eDate Advertising, radicada en Austria, en su portal de internet informó sobre el recurso de amparo interpuesto por X y su hermano ante el Bundesverfassungsgericht⁵⁸ contra la sentencia condenatoria (mencionando sus nombres), ante lo cual el demandante le exige que retire dicha información, a lo cual accedió la sociedad sin contestar al escrito de X.

X, en su demanda al tribunal alemán, solicita además la acción de cesación contra eDate Advertising, y ésta última niega la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes. Por ello, el Bundesverfassungsgericht suspende el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, una de las cuales está relacionada precisamente con la interpretación de la expresión “lugar [...] donde pudiere producirse el hecho dañoso” del art. 5.3 del Reglamento.

Asunto C-161/10

En este caso los demandantes son Olivier Martínez y su padre, Robert Martínez, los cuales acuden al tribunal de grande instance de París, por intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen porque en un sitio de Internet⁵⁹ se publicó un texto en inglés el 3 de febrero de 2008 donde se anunciaba

⁵⁷ Asuntos acumulados por el Presidente del Tribunal de Justicia, con arreglo al art. 43 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, mediante auto de 29 de octubre de 2010.

⁵⁸ Tribunal Constitucional Federal situado en Karlsruhe (Alemania).

⁵⁹ Concretamente en la web www.sundaymirror.co.uk.

que “*Kylie Minogue está otra vez con Olivier Martínez*”, adjuntando detalles sobre su encuentro.

La demanda se interpone ante la sociedad inglesa MGN (al ser quien edita dicha página web), quien alega la falta de competencia del juez francés por entender que no hay una vinculación suficiente entre la publicación controvertida y el daño que se alega en territorio francés. Ante esta situación, el tribunal de grande instance de París suspende también el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relacionada con la interpretación de los artículos 2 y 5.3 del Reglamento.

Sobre la admisibilidad.

El tribunal italiano considera que no deben admitirse las cuestiones planteadas en el asunto C-509/09 ya que el hecho dañoso no es actual respecto a la acción de cesación pues el administrador del sitio ya había retirado la información.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia admite la petición de decisión prejudicial en tanto en cuanto considera que siempre que se trate de cuestiones referidas a la interpretación del Derecho de la Unión, él está obligado a pronunciarse en principio⁶⁰, pudiendo negarse a ello únicamente cuando el problema es de naturaleza hipotética y no tiene relación con el litigio principal. Además, el art. 5.3 del Reglamento no exige que exista un perjuicio actual para que actúe.

RESOLUCIÓN DEL CASO

A pesar de que en esta sentencia se resuelven dos cuestiones prejudiciales (a saber, el art. 5.3 del Reglamento y los arts. 3.1 y 3.2 de la Directiva), sólo me centraré en la interpretación que el Tribunal de Justicia hace respecto al art. 5.3 del Reglamento, al ser quien nos resuelve la pregunta objeto de esta parte del seminario.

Así, se plantea qué debe entenderse por “*lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso*” de este precepto cuando se lesionan derechos de la personalidad mediante informaciones vertidas en Internet.

Para ello comienza indicando el Tribunal que todas las disposiciones del Derecho de la Unión han de interpretarse de manera autónoma, según sus objetivos⁶¹, pudiendo acoger también la jurisprudencia de las disposiciones del “Convenio de Bruselas” de 1968⁶².

Esta regla del art. 5.3 del Reglamento⁶³ es una excepción a la regla del domicilio del demandado justificada por la mayor conexión entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en el que se produce el hecho dañoso. Así, este lugar se refiere tanto al del hecho causal como al de producción del mismo.

En otras ocasiones el Tribunal ha entendido que en caso de difusión a través de la prensa, la víctima puede ejercitar su acción tanto contra los órganos jurisdiccionales del Estado del lugar de establecimiento del editor de la publicación (para conocer del total del daño causado) como ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado donde haya sido difundida dicha información y se haya producido un ataque contra la reputación de la víctima (pero para conocer solo del daño causado en dicho Estado).

⁶⁰ Así lo establece igualmente la STJUE de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, Rec. P. I-000, apartado 15 y jurisprudencia citada. Respecto a la negativa de pronunciamiento, aparece en el apartado 16.

⁶¹ Véase la sentencia de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, Rec. p. I-6917, apartado 17 y jurisprudencia citada.

⁶² Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que fue sustituido por el presente Reglamento 44/2001.

⁶³ Este precepto se corresponde con el artículo 7.2 del actual Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición).

Ahora bien, el problema que plantea Internet respecto a la prensa escrita es el relativo a la territorialidad de la información, esto es, que el alcance de los contenidos publicados en Internet es universal y es muy difícil tanto cuantificar dicha difusión como evaluar el daño que efectivamente se ha causado pero en un determinado Estado miembro. Por ello, estima que en estos casos es preferible que se acuda ante los tribunales del lugar donde la víctima tenga su centro de intereses en razón a una buena administración de justicia así como el hecho de que son quienes mejor pueden apreciar la repercusión de dicho contenido (pues normalmente coincide con su residencia habitual o con el lugar donde ejerce su actividad profesional).

Con todo, el Tribunal alega que esta competencia beneficia tanto al demandado (ya que el emisor de la información puede conocer el centro de interés de las personas que son objeto de un contenido lesivo) como al demandante (pues puede conocer más fácilmente ante qué órgano jurisdiccional entablar su acción).

En conclusión, se entiende que en caso de informaciones vertidas a través de Internet, cuando la acción no se dirija a la reparación de la totalidad del daño, podrá acudir a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro donde haya sido accesible la información pero únicamente para reclamar el daño producido en dicho territorio.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN, PRESENTADAS EL 29 DE MARZO DE 2011.

La jurisprudencia Shevill⁶⁴: análisis y valoración.

El Abogado General pone de manifiesto la importancia de la Sentencia de las Minas de Potasa de Alsacia en lo relativo a la interpretación del “lugar del hecho causal del daño” del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 para evitar que coincidiese con el foro general del domicilio del demandado y, de éste modo, dejarlo vacío de contenido.⁶⁵ Esta jurisprudencia se amplió a los daños inmateriales con la sentencia Shevill, en la cual el Tribunal de Justicia admitió dos foros alternativos a elección del demandante: acudir a los tribunales del Estado del domicilio del demandado o a los del establecimiento del editor, o bien plantear el litigio ante los tribunales del Estado en que el particular sea conocido (pero únicamente por los daños causados en dicho Estado)⁶⁶.

Así, esta sentencia permite evitar también el *forum actoris* ya que el Reglamento 44/2001 al igual que el Convenio de Bruselas (su antecedente inmediato) lo descartan, basándose en el *actor sequitur forum rei* como regla general de competencia.

Internet, la prensa y la difusión de información.

Tanto la aparición de Internet como de la World Wide Web ha supuesto un avance tecnológico muy importante en el sentido de transformar el ámbito espacial o territorial de la comunicación al eliminar las barreras nacionales de la difusión informativa, puesto que el “ciberespacio” carece de fronteras o límites.

Así, la red permite acceder en cualquier momento y de manera permanente a su contenido, teniendo carácter universal, lo que dificulta la intervención del poder público así como su regulación. Además el hecho de poder acceder a dicho contenido desde cualquier país, que el mismo se distribuya globalmente y la ausencia de un marco regulador de las actividades informativas en Internet provoca la existencia de

⁶⁴ Sentencia de 7 de marzo de 1995 (C-68/93, Rec. p. I-415).

⁶⁵ Sentencia de 30 de noviembre de 1976, Bier, denominada “Mines de potasse d’Alsace”, en la cual se determinó que esta expresión incluía tanto el lugar donde se había producido efectivamente el daño como el lugar del hecho causal del mismo, siendo estos dos foros alternativos.

⁶⁶ Una parte de la doctrina denomina a esta limitación “principio mosaico”, como puede observarse en Magnus, U., y Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Söller, European Law Publishers, 2007, Múnich, pp. 192 y 193.

una multiplicidad de regímenes jurídicos (de cada Estado desde el que pueda accederse a la información), fomentando que otro de los objetivos que debe tener en cuenta el Tribunal de Justicia sea proporcionar seguridad jurídica en este ámbito de la comunicación.

Por lo tanto, una información difamatoria vertida a través de Internet hace que la lesión sufrida sea mayor que si la misma se publica a través de un medio convencional, haciendo que las víctimas de dichas publicaciones lesivas de los derechos de la personalidad se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad.

Sobre la oportunidad de adaptar o confirmar la jurisprudencia Shevill.

Aunque la solución de la jurisprudencia Shevill parezca de aplicación razonable a este caso por referirse a supuestos de producción de un daño a un derecho de la personalidad a través de un medio más o menos territorializado, hay que tener en cuenta que ésta data de 1995, época en la que aún no se había producido la gran expansión de Internet. Por lo tanto aplicar inmediatamente dicha solución a este caso puede no cumplir el objetivo que buscaba la sentencia Shevill de lograr una buena administración de justicia en tanto en cuanto habría una gran cantidad de foros y leyes aplicables al ser accesible dicho contenido desde una multiplicidad de Estados miembros.

Aún así, el Abogado General considera que la respuesta a esta cuestión puede combinar tanto la solución de la sentencia Shevill como una adaptación de la misma para poder ser aplicable a Internet, armonizándola a los avances tecnológicos mediante la inclusión de una conexión adicional a los criterios ya existentes.

El “centro de gravedad del conflicto” como criterio adicional de conexión con el foro.

Por todo ello, considera el Abogado General que el criterio de conexión adicional a este caso sería el del lugar donde se encuentre el “centro de gravedad del conflicto” entre los bienes e intereses en liza. Como la conexión de la accesibilidad a la información daría lugar a un *forum shopping*⁶⁷ y una fragmentación del derecho de la víctima de cada Estado miembro donde fuese conocida, el Abogado General indica que lo más conveniente sería adoptar este criterio adicional del “centro de gravedad del conflicto” para conocer de la totalidad de los daños sufridos, ya que permite que conozca la jurisdicción que está *en mejor situación para analizar la tensión de los intereses en juego*⁶⁸.

Para determinar este lugar del “centro de gravedad del conflicto” hay que analizar dos elementos: el lugar donde se halle el “centro de intereses” del titular del derecho de la personalidad (que suele identificarse con aquel en que desarrolla su proyecto vital) y el lugar donde dicha información es particular y objetivamente relevante en un determinado territorio (es decir, que suscite interés en ese territorio para atraer al lector)⁶⁹.

Un indicio a tener en cuenta para valorar este segundo elemento es el impacto informativo que puede tener ese contenido en un determinado Estado, pero esto no impide que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otros indicios⁷⁰ que le ayuden a valorar cuál sería este lugar donde la información es objetivamente relevante.

⁶⁷ En este mismo sentido, véanse la sentencia del Bundesgerichtshof en el asunto VI ZR 23/09, de 2 de marzo de 2010, apartado 17, así como Roth I., *Die internationale Zuständigkeit...*, *op. cit.*, p. 310 y ss.

⁶⁸ Párrafo 57 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 29 de marzo de 2011.

⁶⁹ A este respecto aclara el Abogado General -en el párrafo 62 de sus conclusiones- que no hay que confundir este elemento con que la información sea relevante porque el editor la dirija voluntariamente a un Estado miembro, pues este criterio de intencionalidad iría en contra de lo previsto en el art. 5.3 del Reglamento.

⁷⁰ Como meros casos ejemplificativos se indican: la lengua de la página web, la publicidad, la sección de la página, las palabras clave de los motores de búsqueda, los registros de acceso, etc.

CONCLUSIÓN FINAL.

Respondiendo a la pregunta objeto de este tema del seminario, el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando se trata de una información vertida en Internet se identifica mediante el lugar de establecimiento del emisor de los contenidos controvertidos o mediante el lugar donde se halle el centro de intereses de la víctima. Así, podrá acudir ante los órganos jurisdiccionales de dichos Estados miembros para ejercitar la acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado.

Ahora bien, también puede entenderse ese “lugar del hecho causal del daño” como aquel en el que se pueda o se hubiera podido acceder al contenido publicado en Internet. Esto es, el territorio del Estado desde el cual se haya podido acceder a dicha información donde entienda el titular que ha sufrido un ataque a su reputación, pudiendo reclamarse en este caso únicamente los daños causados en dicho territorio.

Por lo tanto son tres los órganos jurisdiccionales ante los cuales el titular del derecho de la personalidad puede entablar su acción: los del lugar del establecimiento del editor (por la totalidad del daño), los de difusión de la información (por el daño causado solo en dicho territorio) o los del centro de intereses (también por la totalidad del daño).

Laura Amo Alonso

5.6.- ¿Cómo se identifica el “lugar en que se produce el hecho causal del daño” cuando éste deriva de anuncios o publicidad en Internet?

Análisis de la STJUE 19 abril 2012 (As. C-523/10), Wintersteiger AG / Sondermaschinenbau GmbH

Legislación

Aplica Art.5.1 de Dip. 95/2008 de 22 octubre 2008. Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas

Aplica Art.3.1, Art.5.3 de reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Hay que tener en cuenta que nos encontramos en un periodo de tiempo anterior a la puesta en vigor del nuevo reglamento 1215/2012 por lo que la legislación que se aplica y sobre la que versa esta sentencia será la recogida en el reglamento 44/2001.

Artículo 66 reglamento 1215/2012

“1. Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) n.º 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.”

Artículo 73

“1. El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007.

2. El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958.

3. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales entre terceros Estados y un Estado miembro, que se hubieran celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) n.º 44/2001 y que se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento.”

Antecedentes:

La empresa Wintersteiger con establecimiento en Austria se dedica a la puesta en marcha a nivel mundial de esquís y tablas de snowboard, por otra parte se encuentra la empresa Products 4U con establecimiento en Alemania, que opera en su mismo sector pero además se dedica a la venta de accesorios de maquinaria de otros fabricantes, en especial para las de Wintersteiger y también comercializa a nivel mundial.

La empresa alemana en 2008 reservó la palabra clave “wintersteiger” en el sitio de Internet de Google, donde como primer resulta en la búsqueda salía un enlace al sitio Web de la empresa wintersteiger pero Products 4U insertaba un anuncio al lado que utilizaba dicha palabra, este anuncio no especificaba que no existía vínculo entre ambas empresas.

Ante este hecho la empresa austriaca interpone acciones de cesación alegando que la inserción del anuncio vulneraba su marca, la interpone ante sus tribunales basándose en el artículo 5.3 del antiguo reglamento 44/2001

“Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

3) En materia delictual o cuasi delictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.”

Entendiendo esta empresa que el servicio de búsqueda “Google.de” aparecía en alemán y se consultaba desde Austria.

Por su parte la empresa alemana se opuso a la competencia de los tribunales austriacos y además negaba que la marca fuera vulnerada ya que el sitio de Internet iba dirigido solo a los clientes alemanes.

Es en este momento cuando al interponer el recurso de casación ante el órgano Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales.

Cuestiones prejudiciales:

«1) En caso de una supuesta vulneración de una marca del Estado del foro cometida por una persona residente en otro Estado miembro, consistente en el uso de una palabra clave (AdWord) idéntica a dicha marca en un motor de búsqueda por Internet que ofrece sus servicios en distintos dominios de primer nivel específicos para cada país, ¿debe interpretarse la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, contenida en el artículo 5, número 3, del Reglamento [nº 44/2001], en el sentido de que a) la competencia únicamente está fundamentada si la palabra clave se utiliza en un sitio de Internet del motor de búsqueda cuyo dominio de primer nivel es el del Estado del foro; b) la competencia únicamente está fundamentada si el sitio de Internet del motor de búsqueda en el que se utiliza la palabra clave puede consultarse en el Estado del foro; c) la competencia depende del cumplimiento de otros requisitos además de la posibilidad de consultar el sitio de Internet? 2) En caso de respuesta afirmativa a la [primera cuestión, letra c)]: ¿Según qué criterios debe determinarse si, al utilizar como Adword una marca del Estado del foro en un sitio de Internet del motor de búsqueda con un dominio de

primer nivel específico para un país distinto al del Estado del foro, la competencia se fundamenta conforme al artículo 5, número 3, del Reglamento [nº 44/2001]?».

Fallo:

En conformidad con la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y mas específico en Reglamento (CE) número 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, por el que se crea un signo distintivo cuyos efectos se extienden a todo el territorio de la Comunidad, este Reglamento no impone a los Estados miembros dictar disposiciones de aproximación de las marcas nacionales a la comunitaria -salvo la obligación de regular la transformación de una marca comunitaria en marca nacional.

En atención a la regulación específica las marcas son creaciones jurídicas nacionales por lo que su protección se extiende al territorio nacional donde la marca esta registrada, por lo tanto la marca austriaca no se puede vulnerar en Alemania, la idea de territorialidad de las marcas se aplica también en el ciberespacio.

En cuanto al Lugar donde se ha producido el daño, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que dicho lugar es aquel donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual haya ocasionado un daño (sentencia de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie)

En relación a la lesión de los derechos de la personalidad en Internet , el tribunal considera que la persona que crea lesionados sus derechos podrá ejercitar sus acciones ante el tribunal del estado miembro donde se encuentra su centro de interés, los derechos de personalidad son protegidos en todos los estados miembros, pero esta apreciación no es extrapolable cuando ha de determinarse la competencia en materia de vulneración de derechos de propiedad industrial, la protección de una marca se limita al estado miembro donde se registró la marca, de esta manera el titular de la marca no puede invocar esa protección fuera de ese territorio.

En esta sentencia el tribunal concede la competencia judicial internacional a los tribunales del estado miembro donde si está protegido el derecho, es decir, donde está registrada la marca, ya que estos pueden valorar de una manera más optima si efectivamente ha habido una vulneración de la marca nacional protegida.

“En cuanto a la competencia para conocer de una acción por vulneración de una marca nacional en un supuesto como el del procedimiento principal, procede considerar que tanto el objetivo de previsibilidad como el de buena administración de justicia militan en favor de la atribución de competencia, atendiendo al criterio de la producción del daño, a los tribunales del Estado miembro en que se halla protegido el derecho en cuestión”

En cuanto al lugar del hecho causal de sus fundamentos se desprende que “un litigio relativo a la supuesta vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un nombre de dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede asimismo someterse a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante.”

Si el material es accesible en un Estado a través de Internet, ya ha habido “daño” a los derechos de propiedad intelectual en dicho Estado (STJUE 22 enero 2015, as. C-441/13, *Pez Hejduk vs. EnergieAgentur.NRW GmbH*, FD 34).

Conclusión:

El artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de “que un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante.”

Bibliografía:

Sentencia <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-523/10>

Calvo Caravaca. L/ Carrascosa González .J *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014/2015, pp. 1085-1119.

<http://ley.sb-10.com/pravo/17174/index.html?page=14>

<http://www.paguaga.es/proteccion-de-las-marcas-en-el-ambito-de-internet-el-uso-de-adwords-u-otros-sistemas-de-referenciacion/>

Andrea Alonso Sánchez

5.7.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” cuando se produce un perjuicio material para una víctima directa?

Análisis de la STJCE 16 julio 2009 (As. C-189/08), Zuid-Chemie BV / Philippo's

La primera sentencia de tiene por objeto el dictamen o la resolución sobre una decisión prejudicial planteada por parte de los Tribunales de los Países Bajos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de un litigio presentado por una empresa de los Países Bajos frente a otra empresa belga. El objeto del litigio versa sobre un producto defectuoso que causa pérdidas económicas para otra empresa. Por último, el objeto de la cuestión prejudicial es que el TJCE interprete acerca de la determinación del “lugar donde se ha producido el hecho dañoso”, es decir, que aclare las dudas respecto del artículo 5, apartado 3 del Reglamento 44/2001.

ANTECEDENTES DE HECHO

Las partes y los sujetos del litigio son personas jurídicas.

En primer lugar, el demandante es la empresa Zuid- Chemie BV domiciliada en Sas Van Gent, Países Bajos, y dedicada a la producción de fertilizantes.

En segundo lugar, el demandado es la empresa Philippo's Mineralenfabrick NV/SA, cuyo establecimiento principal se encuentra en Essen, Bélgica. Su participación en el litigio se basa en el encargo por parte de una empresa llamada HCI Chemicals Benelux de la fabricación de un producto llamado “micromix”.

La tercera empresa involucrada es HCI Chemicals Benelux establecida en Róterdam, Países Bajos.

Por último, la empresa Pootershaven, domiciliada en Róterdam y cuya implicación en el proceso consiste en la compra por parte de Philippo's de una materia prima necesaria para la producción del micromix.

El litigio principal se produce porque Zuid-Chemie compra a HCI Chemicals un producto llamado “micromix” para usarlo como fertilizante o para la producción de fertilizantes.

Sin embargo, la empresa HCI no podía fabricar el producto por sí misma sino que tuvo que contratar a la empresa Filippo’s para que la ayudara. Además, HCI le entregó a ésta todas las materias primas necesarias para la fabricación del “micromix” menos una. Así que Filippo’s compró la materia prima que le faltaba a la empresa Pootershaven.

Cuando el producto fue terminado, Zuid-Chemie lo utilizó como un nuevo fertilizante. Pero el dilema se creó porque la materia prima encargada a Pootershaven contenía un nivel demasiado alto de sulfato de zinc, con lo cual el fertilizante producido con el micromix ya no podía ser utilizado, o debía usarse en menor medida.

Por tanto, la contaminación del producto supuso un perjuicio para Zuid-Chemie y le repercutió pérdidas económicas.

Debido a todo esto, la empresa Zuid-Chemie demandó a la empresa Filippo’s ante los tribunales de los Países Bajos. Acusó a Filippo’s de ser el responsable de los perjuicios que había sufrido y exigió que se hiciera cargo de las pérdidas que había sufrido por el defecto del micromix.

La duda que dio lugar a la cuestión prejudicial se planteó porque los tribunales de los Países Bajos se declararon incompetentes para conocer del asunto puesto que entendieron que el art. 5.3 del R44/2001 con la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, incluía tanto el lugar del hecho causante como el lugar donde sobrevino el perjuicio inicial.

Entre las partes no había discrepancia sobre que la ciudad de Essen era el lugar del hecho causante porque ahí se allí se elaboró el micromix defectuoso. Sin embargo, respecto cual era el lugar en el que se había producido el hecho inicial, el tribunal consideró que el perjuicio inicial sufrido por Zuid-Chemie se había producido en Essen ya que fue allí de donde se retiró el producto contaminado.

Más tarde, el demandante interpuso un recurso de casación contra la sentencia de los Países Bajos. El órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda decide que es necesaria una interpretación del artículo 5.3 del R44/2001 respecto del “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”.

CUESTIONES PREJUDICIALES

Cuestión 1

Con la primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 5 punto 3 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la expresión “lugar donde se hubiera producido el hecho dañoso” designa el lugar de entrega del producto defectuoso al adquirente o si se refiere al lugar donde sobrevino el perjuicio inicial.

El artículo 5, apartado 3 del Reglamento 44/2001 dice:

“Las personas domiciliadas en un estado miembro podrán ser demandas:

3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso.”

Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta una serie de cuestiones:

En primer lugar, las disposiciones del Reglamento tienen que interpretarse de manera autónoma, remitiéndose los preceptos a los sistemas y a los objetivos de los estados miembros.

En segundo lugar, como el Reglamento sustituye al Convenio de Bruselas de septiembre de 1968, la interpretación del Tribunal de Justicia respecto de las disposiciones de dicho Convenio es igualmente válida para las del Reglamento 44/2001 cuando las normas de ambos puedan calificarse como equivalentes. En este caso, las disposiciones de los de los instrumentos internacionales sobre este asunto son casi idénticas.

De esta forma, el Tribunal de Justicia al interpretar el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas ya ha determinado que el sistema de atribución de competencias se basa en el artículo 2, que establece una regla general según la cual las personas domiciliadas en un Estado Miembro, están sometidas a los órganos judiciales de dicho estado, siendo indiferente cual sea la nacionalidad de las partes en el litigio.

Sin embargo, en el caso de que no coincidan el lugar donde se ha producido el hecho y el lugar donde este hecho ha ocasionado un daño (como en el litigio del que deriva la cuestión prejudicial), entonces la expresión “el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” corresponde al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho que lo ha causado. De esta forma, el demandado puede ser llevado ante los tribunales de cualquiera de estos dos lugares.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta la diferencia que existe entre el daño y el hecho que origina dicho daño y que solo existe la responsabilidad delictual cuando haya un nexo causal entre ambos.

Debido a esto se ha llegado a la conclusión de que los términos “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” designan el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado.

Con todo esto, el Tribunal de Justicia respondió a la cuestión prejudicial declarando que el lugar donde sobrevino el daño era la fábrica de Zuid-Chemie (Países Bajos) porque allí fue donde el micromix se transformó en fertilizante, causando un perjuicio para la propia empresa porque el micromix estaba contaminado.

Además, el Tribunal de Justicia realiza una interpretación acerca del lugar donde sobreviene el daño y el lugar donde se realiza el hecho que ha perjudicado al producto para evitar posibles dudas en el futuro. Así, el lugar donde se realiza el hecho que afecta negativamente al producto es el lugar donde ocurre el hecho causante. Mientras que el lugar de la materialización del daño es aquel en el que este hecho con efectos perjudiciales despliega sus efectos nocivos.

Cuestión 2

Con esta segunda pregunta el órgano jurisdiccional remitente pregunta que si, en el caso de que el artículo 5.3 se interprete como declara el Tribunal de Justicia en la Cuestión 1 que debe interpretarse, es decir, como lugar en el que se ha producido el perjuicio inicial, si el perjuicio debe consistir en un daño físico a las personas o cosas o si puede tratarse de un daño meramente patrimonial.

Sin embargo, esta pregunta es meramente hipotética puesto que el perjuicio que sufre la empresa Zuid-Chemie es un daño físico de las cosas, no se trata de un daño patrimonial.

Debido a esto, el Tribunal de Justicia no puede responder a la segunda cuestión puesto que el órgano jurisdiccional no puede expresar opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas

CONCLUSIÓN Y CONSECUENCIAS.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, respecto a las cuestiones prejudiciales planteadas, declara que:

El artículo 5, punto 3, del Reglamento 44/2001 en lo relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, debe interpretarse en el sentido de que, en un litigio como el del procedimiento principal, los términos “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” designan el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado.

Por tanto, la solución adoptada por la empresa Zuid-Chemie es la correcta puesto que permite a un tribunal que está relacionado directamente con los elementos del litigio.

En definitiva, esta sentencia establece unas consecuencias muy importantes ya que interpreta el art. 5.3 del Reglamento 44/2001 de forma que el lugar donde se ha producido el hecho dañoso puede ser el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial como consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad para que se ha fabricado, de manera que facilita el acceso a los tribunales del lugar de manifestación del perjuicio. Todo esto es muy positivo para la seguridad jurídica y también es beneficioso para el comercio entre los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

• NATIVIDAD GOÑI U. {*La Concreción del Lugar donde se ha producido el Hecho Dañoso en el Art.5.3 del Reglamento 44/2001*}
“e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1081/399”.

• <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d507aeb2004f64a2990409d6e7557c303.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oc3uPe0?text=&docid=72472&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=435349>.

Paula Bayona Mateu

5.8.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” en una reclamación derivada de un daño al derecho de la personalidad causado mediante publicación escrita?

Análisis de la STJCE 7 marzo 1995 (As. C-68/93), Fiona Shevill / Presse Alliance

Surgió un litigio entre la Sra. Fiona Shevill, británica domiciliada en Inglaterra, y tres sociedades, domiciliadas en distintos estado signatarios, por un lado, y la sociedad Presse Alliance SA, con domicilio social en París, por otro, porque ésta última editaba el periódico *France-Soir* en el que se había publicado un artículo que sugería que tanto la Sra. Shevill como las otras tres sociedades formaban parte de una red de tráfico de drogas para la cual habían efectuado operaciones de blanqueo de dinero.

Los demandantes solicitaron ante la *High Court of England and Wales* una acción de reparación reclamando los daños y perjuicios derivados de la publicación y distribución de ese artículo en Inglaterra y el País de Gales por considerarlo difamatorio, para lo cual no tuvieron que presentar pruebas del perjuicio ya que en

derecho inglés existe una presunción de perjuicio en materia de difamación. Pero Presse Alliance, teniendo en cuenta que el periódico *France-Soir* era distribuido mayoritariamente en Francia y que el número de ejemplares en los cuales se incluía el artículo tachado de difamatorio distribuidos en Inglaterra y en el País de Gales era reducido, impugnó la competencia de dicho tribunal alegando la inexistencia del daño en Inglaterra con arreglo al número 3 del artículo 5 del Convenio.

La excepción de competencia alegada fue desestimada mediante resolución. Resolución contra la cual Presse Alliance formuló apelación, que fue desestimada por la *Court of Appeal*, que además suspendió el procedimiento a petición de una de una de las sociedades demandantes. Ante tal decisión Presse Alliance interpuso recurso de casación que fue admitido por la *House of Lords*, en el cual seguía sosteniendo la incompetencia de los tribunales ingleses ya que según el art.5.3 del Convenio el “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no era Inglaterra sino Francia.

La *House of Lords* en vista de los problemas interpretativos que surgían de la redacción del Convenio decidió suspender el procedimiento y elevar con carácter prejudicial siete cuestiones para que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se pronunciara sobre las mismas. Cuestiones que pueden agruparse de la siguiente manera:

En primer lugar el tribunal de remisión pedía que se concretase que se quería decir con “lugar donde se hubiere cometido el hecho dañoso” en relación con el número 3 del artículo 5 del Convenio para concretar el órgano jurisdiccional competente y en su caso el alcance de la competencia del fuero del daño. El TJCE dijo que el art.5.3 del Convenio era una excepción al foro general del domicilio del demandado, recogido en el art.2 del Convenio, establecida por razones de buena administración de justicia en base a una relación más estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional competente que se dejaba a elección del demandante.

El TJCE recordó que en la sentencia *Mines de potasse d’Alsace* declaró que por tal lugar debía entenderse a la vez el lugar donde se había producido el daño y el lugar del hecho causal, dejando así a elección del demandante acudir ante los tribunales de cualquiera de los dos estados; sin embargo en el caso de la difamación publicada en varios estados contratantes el lugar del hecho causal sólo puede ser el del establecimiento del editor que coincide con el foro general del art.2, por ello se reconoce al demandante la posibilidad de acudir ante los tribunales del lugar donde el perjuicio se haya materializado para no privar de contenido al art.5.3 del Convenio, es decir, ante los tribunales de los lugares en los que se haya difundido la publicación, cuando la víctima es allí conocida, que serán competentes para conocer de los daños en dicho Estado.

Así según esta solución el demandante puede entablar acción de reparación contra el editor bien ante los órganos jurisdiccionales del lugar del establecimiento del editor, que serían competentes para conocer de la totalidad de los daños, o bien ante los órganos jurisdiccionales de cada estado contratante en el que la publicación haya sido difundida y haya atentada contra la reputación de la víctima, en cuyo caso serán competentes para conocer únicamente de los daños causados en dicho Estado.

Y en segundo lugar el tribunal de remisión preguntaba si para poder declararse competente en virtud del art.5.3 del Convenio, en el sentido de la interpretación del TJCE, debía obedecer a normas específicas distintas de su derecho nacional en lo referente a los requisitos de apreciación del carácter dañoso del hecho controvertido y en lo referente a los requisitos de prueba de la existencia y alcance del mismo, con especial referencia a la presunción de perjuicio en materia de difamación que establece el derecho inglés.

A esto el TJCE dijo que el Convenio no tenía por objeto unificar las normas de derecho material de los estados contratantes, así el órgano jurisdiccional que conoce

del asunto debe aplicar sus reglas nacionales procesales, siempre y cuando ello no menoscabe el efecto útil del Convenio, que es repartir eficazmente las competencias judiciales y facilitar la ejecución de las resoluciones civiles y mercantiles.

En este asunto concreto, en el de la difamación, las responsabilidades exigidas son extracontractuales y respecto a ellas el Convenio tiene como único objetivo establecer el órgano competente para conocer del litigio en función del lugar en el que se haya producido el daño. Así, puesto que el Convenio no precisa las circunstancias en las cuales el hecho puede considerarse dañoso ni las pruebas que deben presentarse para valorarlo, esta cuestión solo puede resolverse aplicando el derecho material que designen las normas de conflicto de leyes del derecho nacional del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, siempre que ello no menoscabe el efecto útil del Convenio.

Por todo esto la presunción de perjuicio en caso de difamación que establece el derecho inglés no puede ser un límite al art.5.3 del Convenio puesto que las cuestiones procesales dependen de los derechos materiales de los estados contratantes y no es una cuestión que dependa del Convenio, por ello no puede limitar al mismo, y en dicho caso el tribunal deberá aplicar lo que sus normas nacionales le exijan.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR.MARCO DARMON.

De esta sentencia se extrajeron algunas conclusiones. En primer lugar se entendió que la acción por difamación se comprendía dentro del art.5.3 del Convenio puesto que se trataba de una acción dirigida a reparar un daño causado por un acto ilícito, ya que la difamación está prohibida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art.12.

Sin embargo las conclusiones más relevantes se extraen de la respuesta del TJCE a las siete cuestiones prejudiciales que se le plantearon. Estas cuestiones podrían ser agrupadas bajo tres epígrafes:

Localización del hecho dañoso:

Cuando se trata de localizar el hecho dañoso y éste es de naturaleza inmaterial si acudimos a los ordenamientos autónomos de los estados miembros encontramos diversidad de soluciones. Pero es que además siguiendo la línea jurisprudencial del TJCE no encontramos una solución adaptada para cuando el ilícito se trata de la difamación. Por ejemplo en el caso *Mines de potasse d'Alsace* el TJCE establecía una disociación espacial entre el lugar del hecho causal y el lugar en el que el daño se manifiesta, permitiendo al demandante acudir a cualquiera de estos foros; mientras que en el caso *Dumez France y Tracoba* en aras a una buena administración de justicia no se permite al demandante acudir a los tribunales del lugar en el que él haya experimentado el daño cuando sea una víctima indirecta.

Sucede que en este caso no nos encontramos ante un solo daño como en el caso *Mines de potasse d'Alsace*, sino que se producen varios daños materializados en cada uno de los estados en los que se difundió el artículo. Así el hecho causal se encuentra objetivamente en el lugar de la publicación del escrito, mientras que el atentado a la reputación y/o al honor se produce después en los distintos lugares en los que se divulga el artículo, surgiendo el daño cuando la información llega al conocimiento del público.

Por esta diversidad de daños en este asunto se criticó la posibilidad de aplicar la línea jurisprudencial del caso *Mines de potasse d'Alsace*, ya que se corría el riesgo de

suscitar una multiplicidad de fueros competentes; sin embargo excluir dicha línea jurisprudencial significaría eliminar la posibilidad de acudir a un factor de vinculación relevante, y además el hecho de permitir acudir dicho factor en una materias y en otras no hace que la coherencia de la jurisprudencia del TJCE peligre.

Por ello se estableció que el demandante pudiera acudir al fuero del demandado, al fuero del hecho causal y/o al fuero de la producción del daño.

Alcance de la competencia del fuero del daño.

Algunos autores como Geimer y Schütze defienden que el órgano jurisdiccional del lugar del daño sobrevenido debería conocer de la totalidad del daño, es decir, del sobrevenido en su jurisdicción como del sobrevenido en los demás estados. Aunque señalan el riesgo del “forum shopping” que ello podría conllevar.

Por el contrario, autores como Lagarde, defienden que en este caso el órgano jurisdiccional del lugar de la emisión podría conocer del conjunto de los daños, dondequiera que se hallen, ya que cada uno de los daños se vincula al hecho causal de los mismos; pero que los órganos jurisdiccionales de cada uno de los lugares de realización del daño solo pueden conocer del daño acaecido en su territorio, ya que los daños ocasionados en otro lugar no dependen de dicho órgano jurisdiccional al no ser el órgano jurisdiccional del lugar de realización del daño ni del del acto ilícito.

Esta última postura evita la multiplicación de los fueros dado que la víctima no se ve obligada a acudir a los distintos órganos jurisdiccionales de los estados en los que se ha materializado el daño para ver reparado íntegramente su perjuicio. Sin embargo el fuero del domicilio del demandado y el fuero del lugar generador del daño son dos fueros centralizados que no pueden ser objeto de limitación. Así, teniendo en cuenta todos estos fueros el demandante puede acudir a todos ellos incrementándose el riesgo del forum shopping, que versa en contra del espíritu del Convenio.

Finalmente lo que se ha desprendido de la jurisprudencia del TJCE es que las competencias especiales de los art.5 y 6 del Convenio son excepciones al fuero general del domicilio del demandado y por ello deben interpretarse restrictivamente. Por ello el órgano jurisdiccional del lugar de uno de los daños no puede conocer de la totalidad de los daños, ya que no habría vínculo de proximidad entre el foro y el litigio. Por ello sólo el órgano jurisdiccional del lugar del hecho causal podrá conocer de la totalidad de los daños.

El inconveniente que se alega a dicha limitación es que se da la posibilidad de acudir a multiplicidad de fueros competentes, lo cual crea el riesgo de resoluciones contradictorias. Sin embargo dicha limitación responde al objetivo del Convenio de atribuir la competencia al órgano jurisdiccional que se encuentra en mejor situación para apreciar el atentado a la reputación, que es el del lugar del daño, evitando así los fueros concurrentes. Además dicha limitación permite que el demandado tenga previsibilidad de los tribunales que pueden ser competentes, lo que cumple con el objetivo del Convenio de la protección y seguridad jurídica.

Concepto de daño, requisitos de prueba y consecuencias de la admisión de una pluralidad de fueros.

El objetivo del Convenio es llevar a cabo un reparto efectivo y coherente de las competencias y no unificar el derecho material sobre la responsabilidad delictual de los estados contratantes. Esta es la postura de la doctrina mayoritaria, según la cual solo el juez nacional es el que tiene que determinar las circunstancias determinantes del daño, conforme a la ley aplicable al delito, y las normas procesales aplicables al proceso.

Dado que el demandado puede acudir ante todos los órganos jurisdiccionales de los estados en los que se le haya causado el daño la *House of Lords* planteó al TJCE la cuestión de si debía subordinar su competencia a la inexistencia de riesgo de resoluciones diferentes. Sin embargo hay que tener en cuenta que dichos órganos jurisdiccionales, a excepción del tribunal del lugar del hecho causal, sólo pueden conocer de los daños causados en dicho estado, de modo que no se produce el riesgo de competencias concurrentes y no resultaría aplicable el art.22 del Convenio, relativo a la inhibición por razón de la conexidad. Además por esta misma razón no hay riesgo de resoluciones inconciliables, que en todo caso solo serían contradictorias.

Por esto el riesgo de contradicción entre resoluciones que pueden derivar de la multiplicidad de fueros competentes no puede afectar a la competencia de ninguno de los órganos jurisdiccionales que conozcan del daño.

Y por último en cuanto a los requisitos de prueba exigidos al demandante para que el órgano jurisdiccional de remisión pueda confirmar su competencia en base al art.5.3 del Convenio se ha mantenido la norma tradicional de que “todo órganos jurisdiccional es juez de su propia competencia”, de forma que el juez al que el demandado le suscite inexistencia de competencia por no existir el delito deberá, en base a los elementos proporcionados por el demandante, ver si el delito ha sido cometido o no y de esta forma resolver la excepción de competencia que se le plantea.

En conclusión, la negación de la existencia del delito por parte del demandado no puede hacer desaparecer la opción de competencia del juez que el demandante alega en virtud del art.5.3 del Convenio, aunque a efectos de confirmar su propia competencia el juez deba examinar cuestiones de fondo.

Cristina Clemente Dominguez

5.9.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” en una reclamación derivada de un daño al derecho de la personalidad causado por una información vertida en Internet?

Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martínez y de la STJUE 3 octubre 2013 (As C-170/12), Peter Pinckney / KDG Mediatech AG

INTRODUCCIÓN

En este documento lo que se va a hacer es un análisis de las siguientes sentencias: STJUE de 3 octubre 2013 (As C-170/12), Peter Pinckney / KDG Mediatech AG y la STJUE de 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martínez, ambas se deben a una solicitud del correspondiente órgano jurisdiccional al Tribunal de Justicia de la UE para resolver unas cuestiones prejudiciales en torno a la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, donde se establece un foro de competencia especial que establece lo siguiente “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro estado miembro: (..) 3. En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” ⁷¹

⁷¹ Reglamento 44/2001, art. 5.3

El problema de ambas sentencias es la interpretación en torno a como se establece el lugar de producción del hecho dañoso cuando se produce una vulneración transfronteriza al derecho mediante internet. El principal problema es la diferencias y complicaciones de este nuevo medio tan usado como serían la difusión global e inmediata, los problemas para controlar la difusión pues va dirigido a una universalidad de personas y también un daño mucho mayor y difícil de cuantificar que en los medios materiales. A estas complicaciones debemos unir el gran coste que supone la litigación internacional; por eso es tan importante establecer “el lugar” donde se puede ejercitar la acción, es decir determinar la competencia judicial internacional en estos casos.

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DE 25 OCTUBRE 2011 (AS. C-509/09 Y C-161/10), EDATE / OLIVIER MARTÍNEZ.

Hechos

Esta sentencia es la resolución a dos asuntos diferentes, que deciden en arreglo al art. 43 Reglamento de Procedimiento del TJ acumularlos.

Asunto C-509/09. X contra sociedad EDate Advertising

SR. X residente en Alemania demanda a la compañía eDate Advertising que radica en Austria por mantener accesible en un portal de internet, su nombre y el de su hermano por un recurso de amparo a una sentencia condenatoria. SR. X solicita por escrito que borre la publicación y que se abstenga a hacerlo a publicar nada referido a su persona en un futuro. La empresa no contesta pero si retira de su sitio web la publicación controvertida.

X interpone una demanda de cesación contra eDate Advertising ante tribunales alemanes ante los cuales el demandando niega su competencia. Cuando el caso llega al Bunderverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán) decide plantear una cuestión prejudicial.

Asunto C-161/10 Olivier Martinez contra MGM

El actor francés Olivier Martinez y su padre, ambos de nacionalidad francesa interponen ante el Tribunal de grande instance de Paris una denuncia por lo que consideran intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen, de una publicación en un sitio internet (periódico británico Sunday Mirror) editado por la sociedad MGN Limited domiciliada en RU.

La demandada alega le incompetencia de los órganos jurisdiccionales franceses al considerar que no hay una “vinculación suficiente entre la publicación en Internet controvertida y el daño alegado en territorio francés” (nota a pie argumento 26). El órgano decide plantear una cuestión en torno a la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 al TJUE.

Argumentos

Este foro especial por razón de la materia se debe a una conexión estrecha con los respectivos tribunales y la doctrina del TJUE entiende que el “lugar” se refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal o del resultado dañoso⁷².

⁷² STJUE de 25 octubre 2011 (as. c-509/09 y c-161/10), eDate / Olivier Martínez. apartado 51

Destaca que es necesario adaptar los criterios de interpretación pues en la tesis que se basa para establecer conexión son los establecidos en la sentencia Shevill, pues en este caso era un daño material, no inmaterial y producido en internet. El hecho de que produzca por este medio cambia totalmente toda la interpretación porque determinar el “lugar del hecho dañoso” es más complejo.

Por lo tanto el tribunal además de la elección del foro general del domicilio del demandando añade para la interpretación del 5.3 el poder acudir para la totalidad del daño a lugar donde el perjudicado tenga su centro de intereses.

Este centro de intereses dice “corresponde a su residencia habitual. Sin embargo una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permita establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro” ⁷³

Así el tribunal considera que el criterio elegido es el de centro de intereses y el de accesibilidad pero este último no por la totalidad del daño.

Conclusiones del abogado general

El abogado trata el tema de una forma ordenada, en un primer lugar hace un análisis y valoración de la jurisprudencia Shevill⁷⁴; en segundo analiza las diferencias que introduce internet como medio de difusión en lugar de un medio material clásico; en tercer lugar intenta adaptar la jurisprudencia Shevill al nuevo medio controvertido (pues no se puede olvidar que esa sentencia es anterior al boom de internet) y por cuarto y último lugar se centra en explicar el criterio “centro de gravedad del conflicto” como el criterio adicional de conexión con el foro, un criterio suplementario, pues considera que con este se podría hacer una adaptación de la jurisprudencia en lugar de un nuevo “replanteamiento radical”⁷⁵

En análisis al posible criterio de conexión complementario descarta el de accesibilidad al considerar que es demasiado amplio al ser un fenómeno mundial le medio utilizado y que puede dar lugar al “forum shopping” y considera que el correcto sería el “centro de gravedad del conflicto”. Este criterio a su punto de vista estaría compuesto por dos elementos, en un primer lugar el lugar donde el titular del derecho tenga su centro de intereses y el segundo elemento, el cual es objetivo, en relación a la naturaleza de la información, que esta sea interesante en un territorio concreto. Con este criterio considera que si estaría limitada la previsión que puede hacer el demandado y además da unas pautas o indicios para averiguar de forma objetiva la localización de ese territorio donde sería relevante la información.

Por último en su apartado 62 y 63 descarta la intencionalidad que es un criterio subjetivo, pues considera que sería contrario a la literalidad establecida en el 5.3 y para confirmarlo lo contrarrestar con el 15.1 Reglamento⁷⁶.

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DE 3 OCTUBRE 2013 (AS C-170/12), PETER PINCKNEY / KDG MEDIATECH AS.

Hechos

⁷³ STJUE de 25 octubre 2011 (as. c-509/09 y c-161/10), eDate / Olivier Martínez apartado 49

⁷⁴ STJUE de 7 de marzo de 1995 donde se extiende el planteamiento iniciado en la sentencia Minas de Potasa de Alsacia a la producción de daños inmateriales en caso de una difamación internacional a través de la prensa.

⁷⁵ Conclusiones presentadas por el abogado General Cruz Villalón en el asunto c-509/09 y c-161/10, eDate / Olivier Martínez de 25 octubre 2011, apartado 54

⁷⁶ Artículo 15.1 Reglamento 44/2001 para los contratos de consumo donde literalmente dice “dirige tales actividades a dicho estado miembro o a varios Estados miembros” algo que en el artículo con el que se compara no se establece nada al respecto.

Esta cuestión se plantea en el marco de un litigio donde las partes son Sr. Pinckney residente en Francia y KDG Mediatech AG sociedad domiciliada en Austria. El demandante Sr. Pinckney interpone una demanda al considerar vulnerado sus derechos patrimoniales de autor por parte de la empresa austriaca, al reproducir doce de sus canciones en discos compactos producidos por esta empresa y comercializados posteriormente por dos empresas británicas en distintas páginas web, las cuales eran accesibles desde el domicilio del demandante.

La demanda se interpone ante tribunales franceses a lo que la empresa Mediatech alega mediante recurso presentado ante la Cour d'appel de Toulouse la incompetencia de estos tribunales pues considera como únicos competentes a los austriacos por ser el lugar del domicilio de la demandada o los británicos porque es el lugar donde se ha producido el daño. La Cour d'appel de Toulouse declara incompetente a los tribunales franceses dándole la razón a la empresa demandada. Tras esto el demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia invocando el artículo 5.3 Reglamento 44/2001. En ese momento la Cour decide paralizar el proceso y presenta ante el TJUE una cuestión prejudicial.

Argumentos

En la sentencia el tribunal hace una distinción entre los derechos de personalidad y los de propiedad intelectual o industrial derivados del derecho de autor. En el caso del primer tipo de derechos sería una solución igual a la de la anterior sentencia, podría elegir ⁷⁷ mientras que los derechos del segundo tipo está ligados al principio de territorialidad, pues estos derechos están protegidos por un acto de registro que se encuentra en un estado correspondiente.

El tribunal descarta el criterio de intencionalidad para determinar el lugar de producción del daño pues entiende que eso afecta al fondo del asunto no a la determinación de la competencia, pues el 5.3 solo prevé como condición que se haya producido el daño.⁷⁸ Por tanto se decanta por la opción del criterio accesibilidad.

Conclusiones del abogado general

El abogado estructura el análisis de fondo comprobando primero hasta donde considera el alcance del principio de territorialidad de los derechos de autor y en un último y segundo lugar sobre cuáles serían los órganos jurisdiccionales competentes.

Para los derechos de autor rige el criterio de territorialidad pero añade que la reciente jurisprudencia del TJUE ha adaptado este criterio para adaptarlo a la “difusión transfronteriza de obras protegidas”⁷⁹

Es diferente en el caso que la vulneración sea al derecho de reproducción porque el hecho causal coincide con donde se produce el daño, por tanto comprende que en este caso serán competentes los órganos austriacos (por el prensado en CD) y los británicos (por la puesta en línea de esos CD), y en el caso de una lesión en los derechos de distribución y comunicación aquí si hay problema pues hay una deslocalización. El abogado entiende para el caso del lugar del hecho causal el criterio será los órganos jurisdiccionales donde estén establecidos los autores (Austria para el acto de distribución y los británicos para el acto de comunicación) y para el lugar de producción del daño, el abogado general plantea el criterio de focalización ⁸⁰ y es el que propone al TJUE para ampliar el criterio de territorialidad.

Al mismo tiempo que elige el criterio de focalización descarta otros, el primero es el criterio de accesibilidad argumentando que sería “una multiplicación de los foros

⁷⁷ Sentencia PETER PINCKNEY / KDG MEDIATECH AS. apartado 36

⁷⁸ Sentencia PETER PINCKNEY / KDG MEDIATECH AS. apartado 41 y 42)

⁷⁹ Conclusiones presentadas por el Abogado General Niilo Jääskinen en el asunto C/170/12 PINCKNEY, apartado 49

⁸⁰ Conclusiones presentadas por el Abogado General Niilo Jääskinen en el asunto C/170/12 PINCKNEY apartado 64

competentes tanto por motivos relacionados con el principio de territorialidad como con los objetivos de previsibilidad y buena administración”⁸¹. El segundo que rechaza es el propuesto por la parte demandante es aplicar el de “centro de intereses” a la lesión de los derechos patrimoniales de autor a través de internet, y lo descarta pues considera que sería facilitar el “forum actoris”.

EL FORO CONTROVERTIDO

El foro contenido en el artículo 5,3 del Reglamento 44/2001. Hay que tener en cuenta que las sentencias que son anteriores a la entrada en vigor del actual Reglamento 1215/ 2012, no se menciona nada de este, pero a partir de 10 de enero de 2015 este comienza a ser aplicable sustituyendo al anterior.⁸² En el presente reglamento el foro controvertido se encuentra en el artículo 7.2 cambiando un poco la redacción pero con el mismo significado, esto también lo refleja el abogado general para el caso Pinckney en sus conclusiones en la aclaración número 5.

Es un foro especial por razón de la materia y es alternativo al foro contenido en el artículo 2 sobre el domicilio del demandando.⁸³ Además tal como explica en su artículo Isabel Lorente Martínez es un foro de “doble valencia” al designar un órgano competente no una jurisdicción; es “foro de competencia internacional y de competencia territorial al mismo tiempo”⁸⁴

La justificación para estos foros especiales lo encontramos de forma repetida en las dos sentencias. Facilitar una buena administración de justicia y el eficaz desarrollo del procedimiento, acercando el litigio al órgano jurisdiccional que pueda tener más conocimiento del asunto por la proximidad del caso si se verifica que hay una conexión particularmente estrecha.⁸⁵

En el caso de este foro la problemática se centra que se entiende por “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. En la interpretación el Tribunal entiende que se refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal y donde se ha producido el daño, considera que ambos pueden dar la conexión relevante. Por lo tanto la acción se puede ejercitar a elección del demandante en los tribunales de uno de esos dos lugares.⁸⁶

CONCLUSIONES.

La diferencia sustancial entre ambas sentencias es que una interpreta el 5.3 Reglamento 44/2001 para una lesión a los derechos de personalidad mientras que la segunda sentencia lo interpreta en relación a una lesión del derecho de propiedad intelectual o industrial.

Como he dicho en el apartado anterior el foro 5.3 es alternativo, esto es el demandante tiene varias opciones, por un lado puede elegir el foro general del domicilio del demandando o por otra acudir al 5.3. Este 5.3 está compuesto por el lugar donde ha ocurrido “hecho causal” como el lugar donde se manifiesta “resultado dañoso”.

⁸¹ Conclusiones presentadas por el Abogado General Niilo Jääskinen en el asunto C/170/12 PINCKNE apartado 68

⁸² Reglamento 1215/2012 artículo 66 “1. Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha. 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) no 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.”

⁸³ Conclusiones presentadas por el Abogado General Niilo Jääskinen en el asunto C/170/12 PINCKNE

⁸⁴ Lorente Martínez, Isabel “Lugar del hecho dañoso y obligaciones contractuales” pp 282.

⁸⁵ Sentencia EDATE / OLIVIER MARTÍNEZ apartado 40, sentencia PETER PINCKNEY / KDG MEDIATECH AS. apartado 27

⁸⁶ Sentencia EDATE / OLIVIER MARTÍNEZ apartado 41, sentencia PETER PINCKNEY / KDG MEDIATECH AS. apartado 26.

Vamos a ver entonces cuales son los criterios que el TJUE establecer para entender que hay una conexión estrecha entre los tribunales y el caso, lo que justifica este foro especial por razón de la materia. Concretamente solo voy a analizar los criterios para el “resultado dañoso”, no del “hecho causal”.

En la primera sentencia sobre derecho de personalidad

El TJUE se decanta por el criterio de “centro de intereses” del perjudicado, que otorga competencia judicial internacional para conocer de la totalidad del daño a los tribunales del país donde el perjudicado tenga su centro de interés, que puede ser tanto su residencia pero también el lugar donde trabaja, tal como aclara en la sentencia. Además también el criterio de accesibilidad si lo que desea es reclamar en cada uno de los estados miembros donde es accesible el contenido publicado en internet, pero en este caso solo podrá reclamar no por la totalidad sino por el daño producido en ese estado donde presenta la demanda.

El Abogado General de este asunto no tiene la misma visión que el tribunal, pues plantea una solución intermedia con un solo criterio que es el “centro gravedad de conflicto” este criterio sería una mezcla entre el criterio de centro de intereses y un criterio parecido al de focalización. Por tanto se podría plantear la acción ante los tribunales del lugar donde tengan su vida las personas perjudicadas pero también donde la naturaleza de esa información sea relevante.

Así la opinión del Tribunal y del Abogado no es del todo coincidente.

En la segunda sentencia sobre derecho de propiedad intelectual e industrial

Existe una gran diferencia cuando la lesión a los derechos personales a cuando es a los derechos de autor pues estos últimos están marcados por el criterio de territorialidad, son exigibles donde se reconocen y están inscritos. Aun así como el daño puede ser transfronterizo se ha adaptado esta interpretación.

El TJUE acepta como criterio para que pueda presentar una acción en los órganos jurisdiccionales de un estado que sea accesible el contenido en ese estado. Pero solo podrá reclamar por el daño que se haya causado en ese estado concreto.

El Abogado General vuelve a estar como en el caso anterior en discordancia con el criterio elegido, pues considera que el oportuno sería el criterio de focalización.

Hasta el momento el tribunal nunca ha mantenido la tesis de focalización la lesión de ninguno de los derechos, mantiene la misma línea mientras que los abogados la opuesta. Yo considero que sería mucho más conveniente la tesis de focalización, pues el de accesibilidad implica que podrá ser demandando con alcance mundial pues el contenido en línea es accesible en todos los países con acceso a internet, y esto sería contrario a la “previsión” por parte del demandando de donde puede ser emplazado. Por tanto vulneraríamos el principio de la tutela judicial efectiva y la buena administración de justicia que estos foros persiguen.

BIBLIOGRAFÍA

- STJUE 25 de octubre de 2011 (As. C-509/09 y C-161/10) eDate/Oliver Martínez.

- Conclusiones del abogado general Sr Pedro Cruz Villalón para los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10).

- STJUE 3 de octubre 2013 (As C-170/12), Peter Pinckney/KDG Mediatech AG

- Conclusiones del abogado general Sr. Niilo Jääskinen, al asunto C-170/12), Peter Pinckney/KDG Mediatech AG

- Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- LORENTE MARTÍNEZ, I. (2012) "Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet" Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 4, N° 1 pp. 256-276

- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. (2014) "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, Pinckney. Determinación del tribunal competente según el artículo 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001 En casos de vulneración de derechos de autor a través de internet" *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.2 N°1, junio 2014, pp. 303-374

- DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO (2015) "El lugar del daño como fundamento de la competencia internacional en los litigios sobre derechos de autor". *In Estudos de Direito Intelectual (En Homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão)*. Almedina, Coimbra, pp. 511-530.

- CALVO CARAVACA, AL, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "responsabilidad no contractual por actos verificados en internet" *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*. Colex, Madrid 2001. Pp 109-119.

Patricia Costas Hermida

Análisis de la STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez

Nos encontramos en el ámbito de las obligaciones extracontractuales que viene determinado con carácter principal en el reglamento 1215/2012 (R1215/2012) y Convenio Lugano 2007 (CLug07).

Sabemos que son competentes los tribunales de los Estados Miembros (EM) a los que si hayan sometido las partes litigantes bien de forma expresa bien de forma tacita – art 25 y 26 Reglamento 1215/2012 y 23 y 24 del Convenio Lugano 2007. Si no hay sumisión, si puede acudir al tribunal del EM en que el demandado tenga su domicilio o bien, si puede acudir a los tribunales del EM en cuyo territorio si haya producido o puede producirse el hecho dañoso – art 7/2 R1215/2012. y 5/3 CLug07. También con carácter alternativo, si se trata de una acción por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un ato que del lugar a un procedimiento penal, será competente también el tribunal que conozca de ese procedimiento penal, siempre y cuando su ley interna le permita conocer también de la ley civil – art 7/3 R1215/2012. y 5/4 CLug07.

En el caso de la sentencia del TJUE de 25 de Octubre de 2011, estamos ante materia delictual o casi delictual, por eso acudimos al art 7/2 R1215/2012. o 5/3 CLug07.

En cuanto a la interpretación del lugar del hecho dañoso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha indicado que el art 7/2 debe ser interpretado de forma restrictiva, que no puede aplicarse analógicamente, sino solo a los casos previsto en el mismo. Tenemos por eso que, para determinar foro del 7/2, interpretar los conceptos

de materia delictual o casi delictual y el concepto de lugar donde si hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso.

En cuanto al concepto de materia delictual o casi delictual, este ha sido objeto de definición autónoma (es distinta de los distintos conceptos de materia delictual que hay en los EM de la Unión Europea (UE)) por parte del TJUE y en este, si incluye, según el TJUE, todas las demandas dirigidas al exigir al responsabilidad del demandado y que no están relacionadas con la materia contractual (entendiendo que existe un contrato de materia contractual, cuando hay un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra).

Si ha planteado el problema de determinar cuales son las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado que constituyen materia delictual o casi delictual y el TJUE ha actuado casuísticamente. En concreto, el TJUE ha excluido de la materia delictual la acción pauliana cuyo objeto no es la condena del demandado a la reparación de los daños causados al acreedor, sino a hacer desaparecer a respecto a ese acreedor, los efectos del hato de disposición que levo a cabo el deudor ⁸⁷.

En cuanto a la determinación del lugar del hecho dañoso, sabemos que el hecho generador del daño si produce en un estado, y el daño en sí mismo, si produce en otro estado distinto. Estamos, por tanto, ante delitos/ ilícitos a distancia o complejos que pueden producir daños en el territorio de varios estado (el hecho ilícito si produce en el territorio de un estado y el resultado dañoso del mismo, si produce en otro estado distinto). Según el TJUE, en estos casos, la expresión '*lugar donde si hubiera producido el hecho dañoso*' debe entenderse en el sentido de que alude a la vez al lugar en que sobreviene el daño, si manifiesta el daño y el lugar del hecho causal del daño. Así, si permite al demandante elegir cualquier de los 2 foros.

En cuanto a la determinación del lugar del hecho dañoso que da lugar a daño en varios países, en que encontramos el problema del lugar del hecho del daño y del hecho causante del daño, hay el problema de cuando si produce la intromisión ilícita de imagen, personalidad a través de la Internet, como es lo de la sentencia en causa.

El lugar del hecho causal es donde si produce a introducir el contenido ilícito en internet, siempre que diferente el lugar del servidor que realoja la pagina web. En cuanto a los lugares de producción del daño, serán aquellos desde los cuales si puede acceder a ese contenido ilícito. No obstante, plantea problemas porque la determinación del estado en que si produce la introducción del contenido ilícito no es fácil. Por otro lado, hacer coincidir el lugar donde si produce el hecho causante el daño con el lugar en que sea responsable, tampoco resolver nada, porque lo único que hace es atribuir la competencia a los tribunales del demandado. Ya tenemos el art 4; el 7/2 no nos serviría para nada.

Según la doctrina, en estos casos debería identificarse el lugar del daño, que sería el en que si produce el daño, con el lugar donde la persona sufre el daño. Pero, esta también ha recibido críticas, porque a veces acudir al foro de domicilio de la víctima, nos podrá llevar a situaciones que no se ajustan a realidad (puede ocurrir que una persona no haya sido perjudicada en el estado de su domicilio).

Por eso, concluimos que el art 7/2 R1215/2012 no es adecuado para este tipo de ilícitos.

Debido a esto, hay una interpretación reciente dada por el TJUE que nos ayuda a resolver estos problemas. Si trata de la sentencia de 25 de octubre de 2011 del TJUE.

En esta sentencia, está en causa la publicación de información personal en un portal de internet y en que hay vulneración de los derechos de la personalidad.

⁸⁷ Para referencias adicionales, vease la sentencia del TJUE de 2 de marzo de 1992

Estamos ante dos litigios: por un lado, X y la sociedad *eDate Advertising GmbH* y por otro, los Sres. Olivier y Robert Martínez y la sociedad *MGN Limited*, por la responsabilidad civil de esas demandas por información y fotografías publicidades en internet

En cuanto a la aplicabilidad del reglamento 1215/2012 en el asunto C-509/09:

- Ámbito material: con base en el art 1 R1215/2012, es un litigio en materia de responsabilidad civil extracontractual, no excluida del reglamento. Si cumple el ámbito material.

- Ámbito espacial/ personal: art 4 y 63. El demandado es una persona jurídica que tiene su domicilio en un EM (Austria). Por tanto y según art 5/1, solo podrá ser demandado ante los tribunales de otro EM en virtud de las normas de competencia del reglamento. Si cumple así, el ámbito espacial.

- Ámbito territorial: art 355 Trato de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La demanda si interpone ante los tribunales alemanes, o sea, en un EM del reglamento. Si cumple este ámbito.

- Ámbito temporal: art 66/1 y 81. Si aplica el reglamento si la demanda si interpone a partir de la fecha de aplicación del reglamento, 10 enero 2015.

La sentencia no nos indica la fecha exacta de la demanda, pero nos indica que “X exigió a *eDate Advertising* que dejase de publicar la información mencionada y emitiese una declaración comprometiéndose a no publicarla en el futuro. *eDate Advertising* no contestó al escrito pero retiró de su sitio de Internet la información controvertida el 18 de junio de 2007”.

Por eso, presumimos que si interpone antes de la fecha de aplicación del reglamento 1215/2012. No si cumple, por eso, el ámbito temporal.

Concurrencia con el CLug07: solamente prevalecería el CLug07, en los casos del art 64/2 a, o sea, si fuese estado parte del CLug07 y no EM del reglamento. Como no lo es, prevalece el reglamento.

En cuanto a aplicabilidad del reglamento 1215/2012 en el asunto C-161/10:

- Ámbito material: art 1 – litigio en materia de responsabilidad civil extracontractual, no excluida del reglamento. Esta cumplido el ámbito material

- Ámbito espacial/ personal: art 4 y 63. El demandado es una persona jurídica que tiene su domicilio en un EM (Reino Unido). Por tanto y según art 5/1, solo podrá ser demandado ante los tribunales de otro EM en virtud de las normas de competencia del reglamento. Si cumple el ámbito espacial/personal.

- Ámbito territorial: art 355 TFUE. La demanda si interpone ante el tribunal de grande instancia en París, o sea francés, siendo que Francia es un EM del reglamento. Esta cumplido el ámbito territorial

- Ámbito temporal: art 66/1 y 81. Si aplica el reglamento si la demanda si interpone a partir de la fecha de aplicación del reglamento, 10 enero 2015.

Concurrencia con el CLug07: solamente prevalecería el CLug07, en los casos de su art 64/2, o sea, fuese estado parte del CLug07 y no EM del reglamento. Como no lo es, prevalece el reglamento.

Dado el ámbito temporal del reglamento 1215/2012 (art 66/1 y art 81) y dado el carácter irretroactivo, solo si aplicara el reglamento si las demandas se interponen a partir de la fecha de aplicación del mismo, o sea, 10 enero 2015. Como si interponen antes, si aplica el reglamento 44/2010, art 5/3.

En cuanto a los **litigas principales y cuestiones prejudiciales**, tenemos el asunto C-509/09 y el asunto C-161/10:

En el asunto C-509/09, X, que reside en Alemania y fue condenado con su hermana en 1993 por un órgano jurisdiccional almena por el asesinato de un conocido actor. La sociedad *eDate Advertising*, radicada en Austria, que gestiona un portal de internet hacia mención de los nombres de X y su hermana y informaba sobre el recurso de amparo interpuesto por ambos ante el *Bundesverfassungsgericht* en Alemania contra la sentencia condenatoria. X exigió a la sociedad que dejase de publicar la información y que si compromete a no publicarla en el futuro. Esta no contesto al escrito, pero retiro de su sitio del internet el 18 junio 2007. X interpuso una acción de cesación contra la sociedad con el fin de que esta dejara de informar sobre los hechos cometidos mencionando su persona. El Tribunal Constitucional Federal decidió suspender el procedimiento y plantear las cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En cuanto al asunto C-161/10, es el caso de un actor francés Olivier Martínez y su padre, Robert Martínez que denuncian intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen de Olivier por la publicación en internet de un texto 'Kyle Minogue est de nouveau avec Olivier Martinez', con detalles sobre su encuentro.

Hay una acción contra la sociedad MGN, editora del sitio del internet del periódico británico *Sunday Mirror*. La sociedad plantea la excepción de falta de competencia del tribunal de grande instancia de Paris al no haber una vinculación suficiente entre la publicación en internet controvertida y el daño, mientras los atores sostienen que no es necesario que exista tal vinculación, pero en todo caso, existe.

El tribunal de grande instancia de Paris decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

Mediante auto de 29 octubre 2010, el presidente del TJUE, decido acumular ambos asuntos a efectos de la fase oral y sentencia.

En cuanto a las cuestiones prejudiciales, deben ser examinadas conjuntamente, si pregunta como si debe interpretar la expresión 'lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso'. La regla de la competencia si basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se haga producido el hecho dañoso. Esta si refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal y al lugar donde se ha producido el daño.

Así, el TJUE consideró el siguiente:

“En caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido⁸⁸.

⁸⁸ Véase la sentencia Shevill, apartado 33

Parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro.

La víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia (...). Por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual. Sin embargo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro.

Procede considerar que el criterio del centro de intereses permite, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado”

En respeto a las cuestiones prejudiciales, concluyó que:

“Procede responder a las dos primeras cuestiones en el asunto C-509/09 y a la cuestión única en el asunto C-161/10 que el artículo 5, número 3, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido”

En cuanto al art 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), si considera que:

“Debe interpretarse en el sentido de que no impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes. Sin embargo, por lo que se refiere al ámbito coordinado, los Estados miembros deben garantizar que, sin perjuicio de las excepciones permitidas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2000/31, el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador.”

En conclusión, el actual art 7/2 R1215/2012 (en este caso, si aplica el art 5/3 reglamento 44/2001), no es adecuado para este tipo de ilícitos.

Sin embargo, la interpretación del TJUE en esta sentencia nos indica que debemos interpretar el foro del art 7/2 en el sentido de que el hecho dañoso si produce en aquello lugar en que la victima tenga de hecho, su centro de interés.

BIBLIOGRAFIA:

STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10), eDate / Olivier Martinez

Raquel da Costa Dias

5.10.- ¿Cómo se concreta el “lugar en que se verifica el resultado dañoso” en una reclamación derivada de un daño a la propiedad intelectual o industrial producido a través de Internet, cuando el derecho perjudicado no requiere, para su existencia, su inscripción registral?

Análisis de la STJUE 3 octubre 2013 (As C-170/12), Peter Pinckney / KDG Mediatech AG

El Sr. Pinckney, residente en la ciudad francesa de Toulouse, afirma ser el autor, compositor e intérprete de doce canciones grabadas por el grupo Aubrey Small en un disco de vinilo, las cuales han sido reproducidas sin su autorización en discos compactos (CD) por la sociedad KDG Mediatech AG (Mediatech) domiciliada en Austria y comercializados por las sociedades británicas Crusoe o Elegy vía online.

Sr. Pinckney decidió demandar a Mediatech ante el tribunal de grande instance de Toulouse, el 12 de Octubre de 2006, con el objeto de obtener la reparación del perjuicio sufrido por la vulneración de sus derechos de autor. Mediatech alego la incompetencia de los órganos jurisdiccionales franceses.

El juge de la mise en état⁸⁹ mediante una resolución del 14 de febrero de 2008, desestimo la excepción de incompetencia debido al hecho de que Sr. Pinckney podía adquirir los CD desde su domicilio francés en un sitio de internet abierto al público francés que basta para establecer un vínculo sustancial entre los hechos y el daño alegado que justifica de este modo la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se había interpuesto la demanda.

Ante esta resolución Mediatech presento recurso alegando que los CD se habían prensado en Austria a instancia de una sociedad británica que es la que los comercializa por internet. Por tanto alega que únicamente son competentes para conocer del asunto los tribunales del lugar del domicilio del demandado, que se encuentra en Austria, o los del lugar donde se ha producido el daño, donde se ha cometido la infracción imputada, es decir el Reino Unido.

Mediante sentencia de 21 de enero de 2009, la cour d'appel ⁹⁰de Toulouse declaró la incompetencia del Tribunal de grande instance de Toulouse al estimar que el lugar del domicilio del demandado esta en Austria y el lugar donde se ha producido el daño no puede situarse en Francia, y añadió que no era necesario examinar las responsabilidades respectivas de Mediatech y de las sociedades Crusoe o Elegy dado que no se había alegado complicidad de estas con Mediatech.

Ante esta resolución el Sr. Pinckney interpuso recurso de casación invocando la infracción del art. 5, punto 3 del Reglamento 44/2001, alegando así que la

⁸⁹ El juez de instrucción civil, del Tribunal de la grande instance de Toulouse.

⁹⁰ Tribunal de apelación francés de la ciudad de Toulouse.

competencia del Tribunal francés era fundada y que su recurso había sido declarado inadmisiblemente indebidamente.

Frente a esto la Cour de Cassation⁹¹ decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de justicia dos cuestiones prejudiciales:

«1) ¿El artículo 5, punto 3, del [Reglamento] debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor cometida mediante el contenido ofrecido en línea en un sitio de Internet,

– la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea o haya sido accesible el contenido ofrecido en línea en Internet, para obtener reparación únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado dicha acción, o

– es preciso, además, que esos contenidos estén o hayan estado destinados al público situado en el territorio de dicho Estado miembro, o que se ponga de manifiesto otro punto de conexión?

2) ¿Debe darse la misma respuesta cuando la presunta vulneración de los derechos patrimoniales de autor no resulta de la oferta en línea de un contenido desmaterializado, sino, como en el caso de autos, de la oferta en línea de un soporte material que reproduce dicho contenido?»

El gobierno austriaco inadmite la primera cuestión prejudicial porque parte de una premisa errónea de que la obra es un contenido desmaterializado que se ofrece en línea, mientras que la oferta controvertida en el litigio solo se refiere a un soporte material que reproduce dicho contenido.

A este respecto el Tribunal de justicia señala que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, esto solo es posible cuando estemos ante hechos hipotéticos o el tribunal de justicia no disponga de elementos de hecho y de derecho necesario para responder adecuadamente a las cuestiones que se hayan planteado⁹². Y afirma que la justificación de las cuestiones prejudiciales no es dar opiniones consultivas sino la necesidad inherente de dar una solución al litigio que se plantea⁹³.

En el caso se alega una vulneración de los derechos patrimoniales de autor resultan de la oferta en línea de un soporte material que responde a una obra protegida y la cuestión de si los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer del asunto, por tanto las cuestiones prejudiciales son admisibles, pero las cuales deben ser reformuladas.

En cuanto a la interpretación del art. 5, punto 3 del Reglamento 44/2001, el tribunal recuerda que el reglamento debe interpretarse de manera autónoma⁹⁴.

Aunque el reglamento en su art. 2, apartado 1 atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del estado miembro en cuyo territorio este domiciliado el demandado, el también se prevén en dicho reglamento competencias especiales⁹⁵, como es la del art.5, punto 3⁹⁶, la cual debe interpretarse de manera estricta. Como señala en el art. 5, punto 3:

«Lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso»

⁹¹ Tribunal de casación francés.

⁹² sentencias de 11 de septiembre de 2008, Eckelkamp y otros, C-11/07, Rec. p. I-6845, apartado 28, y de 20 de junio de 2013, Rodopi-M 91, C-259/12, apartado 27

⁹³ Sentencia de 2 de abril de 2009, Elshani, C-459/07, Rec. p. I-2759, apartado 42.

⁹⁴ Sentencia de 16 de mayo de 2013, Melzer, C-228/11, apartado 22.

⁹⁵ Reglamento 44/2001, capítulo II, sección 2.

⁹⁶ Sentencia Melzer, apartado 23.

Tal expresión se refiere tanto al lugar de la materialización del daño y como al lugar del hecho causal que origina el daño, por tanto las acciones pueden ejercitarse ante los tribunales de cualquiera de esos lugares, a elección del demandante⁹⁷, por razones de buena administración de justicia y una sustanciación adecuada del proceso.

Respecto a las infracciones cometidas por internet, las cuales se pueden materializar en numerosos lugares, el Tribunal de justicia ha interpretado el art. 5, punto 3 del Reglamento⁹⁸:

En primer lugar, el lugar de materialización del daño en el sentido de dicha disposición puede variar en función de la naturaleza del derecho vulnerado.

En segundo lugar, el riesgo de que el daño se produzca en un estado miembro determinado está sujeto a que este estado proteja el derecho que se alega.

En tercer lugar, para determinar cuál es el órgano jurisdiccional que mejor puede conocer de la vulneración del derecho, nos debemos fijar en el lugar de la materialización del hecho dañoso.

De este modo la presunta víctima de la vulneración de los derechos a través de internet puede ejercitar acciones de responsabilidad ante los tribunales de cada estado miembro en cuyo territorio el contenido sea accesible, pero solo podrán conocer del daño causado en su territorio, aunque la supuesta víctima también podrá optar por presentar demanda ante el órgano jurisdiccional de dicho lugar respecto del daño total causado.

Por otro lado, hay que señalar que los referidos derechos patrimoniales de autor deben protegerse por la Directiva 2001/29.

Debemos partir de que la vulneración de estos derechos protegidos en el estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se hay ejercitado la acción y si dicha vulneración es imputable al demandado, lo cual corresponde al fondo del asunto.

Contrariamente al art. 5, punto 3 del Reglamento, el art. 15, apartado 1, letra c) ha sido interpretado⁹⁹, en particular, y no exige que la actividad controvertida se haya producido en el lugar del estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción, el cual es competente para conocer de la acción en materia delictual o cuasidelictual de la vulneración de los derechos patrimoniales que invoca el demandante y del daño alegado.

Y también pueden conocer los órganos jurisdiccionales donde se planteó la demanda del daño causado en el territorio de otros estados miembros, art. 5, punto 3 del Reglamento.

En definitiva, el Tribunal de justicia interpreta el art. 5, punto 3 del Reglamento 44/2001, del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe entenderse en el sentido de que en el caso que se alegue vulneración de los derechos patrimoniales de autor reconocidos por el estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda, será competente dicho órgano para conocer del ejercicio de la acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro estado miembro, y que ha reproducido en esta la dicha obra en un soporte material, que con posterioridad a sido vendido por una sociedad domiciliada en un tercer estado miembro a través de un

⁹⁷ Sentencia Melzar, apartados 24, 25, y 26.

⁹⁸ Sentencias de 25 de octubre de 2011, eDate Advertising y Martínez, C-509/09 y C-161/10, Rec. p. I-10269, y de 19 de abril de 2012, Wintersteiger, C-523/10, apartados 21 a 24, 25 y 27.

⁹⁹ Sentencia de 7 de diciembre de 2010, Pammer y Hotel Alpenhof (C-585/08 y C-144/09, Rec. p. I-12527).

sitio de internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, solo será competente para conocer del daño causado en el territorio del estado miembro al que pertenece.

Nuria Calzado Torres

6.- Otros problemas susceptibles de plantearse

6.1.- ¿Cabe interponer una demanda contra varios sujetos, en virtud del foro previsto en el art. 7.2 Reglamento 1215/2012?

Análisis de la STJUE 3 abril 2014 (As. C-387/12), Hi Hotel HCF SARL / Uwe Spoering

Introducción

Marco jurídico del precepto

El precepto se encuentra recogido en el Reglamento 1215/2012, que es el instrumento básico del Derecho internacional privado de la Unión Europea

En él se regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Dicho reglamento entró en vigor el 10 de enero del presente año, del 2015.

Su antecedente es el Reglamento 44/2001. Reglamento en el que se basa la sentencia sobre la que nos apoyamos para abordar esta cuestión, ya que la sentencia, fue dictada en el 2014.

Concretamente en dicha resolución, que más adelante comentaremos, se procede a interpretar el artículo 5.3 de dicho reglamento.

El antecedente inmediato del Reglamento 44/2001 es el Convenio de Lugano de 2007, que por su parte, también recoge esta disposición en su artículo 5.3. Este instrumento se encuentra en vigor en la actualidad entre los Estados parte, que lo ratificaron.

Si bien, estos preceptos, el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012, el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, y el artículo 5.3 del Convenio de Lugano de 2007 son idénticos. Éstos establecen que se interpondrá la demanda *“en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”*

Foro especial previsto en el artículo 7.2 Reglamento 1215/2012

Dicho precepto alude a un foro especial de competencia judicial internacional por razón de la materia. En este caso la materia a la que hace alusión este foro especial son las obligaciones extracontractuales.

Por obligaciones extracontractuales debemos entender, según ha manifestado el Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa, como *“la obligación de reparar un daño derivado de un hecho distinto a la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual”*.

Los foros especiales por razón de la materia son foros concurrentes con el foro general del domicilio del demandado.

Si estos foros prevén la competencia de los tribunales de un Estado distinto de aquel en el que el demandado tiene su domicilio, el demandante podrá, en principio, plantear su demanda, bien ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado, bien ante los tribunales del Estado designado por el foro en cuestión.

Estos foros especiales se prevén únicamente excepcionalmente, es decir, deben interpretarse de manera restrictiva, ya que son una excepción al foro general de competencia de los órganos jurisdiccionales, que es el domicilio del demandado, establecido en el artículo 4 del Reglamento 1215/2012.

De ahí que los foros especiales estén claramente tipificados en el reglamento.

La justificación de estos foros viene dada por el principio de proximidad en el sentido de que designan aquellos órganos jurisdiccionales que presentan una vinculación más estrecha con el litigio.

El legislador ha tratado de asignar a la materia litigiosa el tribunal geográficamente más próximo (principio de proximidad) o el que mejor se puede adecuar a una correcta administración de la justicia (racionalización del proceso).

Sin embargo, ha surgido una doctrina de que la justificación de estos foros viene dada no tanto por ese principio de proximidad o de racionalización del proceso, sino por la intención de incrementar las posibilidades de actuación que tiene el demandado.

El foro que se establece en los preceptos citados puede calificarse como foro de daños.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2014

La sentencia en la que nos basamos para abordar esta cuestión versa sobre lo siguiente.

Se interpone una demanda por un fotógrafo, el Sr. Spoering, domiciliado en Colonia (Alemania) contra Hi Hotel, con domicilio social en Francia. Entre ambos hubo una relación de prestación de servicios, a través de la cual el fotógrafo realizó unas fotografías de las estancias del Hotel y cedió los derechos de explotación, de esas fotografías, para sus folletos publicitarios y sus páginas de Internet.

Si bien, algunas de esas fotografías fueron publicadas en un libro que versaba sobre la Arquitectura de interiores en el mundo, publicado por una editorial con domicilio social en Berlín (Alemania).

Debido a que el demandante ve vulnerados sus derechos de autor sobre las fotografías al transmitírselas a un tercero, la editorial Phaidon, ejercitó una acción contra Hi Hotel en Colonia.

Alegando Hi Hotel que la editorial disponía de un establecimiento en París (Francia). Pudiendo haber sido transmitidas dichas fotografías a esa editorial, desconociendo si posteriormente desde el establecimiento de París se habían cedido las fotografías a la sociedad alemana.

El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó la demanda y Hi Hotel interpuso un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, el cual decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial.

«¿Debe interpretarse el artículo 5, punto 3, del Reglamento [...] n° 44/2001 en el sentido de que el hecho dañoso se ha producido en un Estado miembro (Estado

miembro A), cuando el acto ilícito objeto del procedimiento o en el que se basa la demanda se ha cometido en otro Estado miembro (Estado miembro B) y consiste en la participación en un acto ilícito (acto principal) cometido en el primer Estado miembro (Estado miembro A)?»

Se admite la petición de esta decisión prejudicial, ya que la interpretación del artículo 5.3 del reglamento 44 (actual artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012) es necesario para poder solucionar el litigio principal, dado que el demandado propone una excepción de incompetencia de los órganos jurisdiccionales alemanes para conocer de este asunto.

Resolución comentada de la cuestión prejudicial en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2014

Para dar respuesta a dicha cuestión el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace unas precisiones acerca de la interpretación del precepto.

En primer lugar, la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso», que figura en el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012, artículo 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001, se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño¹⁰⁰

De modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de esos dos lugares.

Este foro especial que nos compete, se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso.

Determinándose que únicamente se puede presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúe el criterio de conexión pertinente.

No es posible, en virtud del hecho causante, determinar la competencia jurisdiccional frente a uno de los presuntos autores de dicho daño que no actuó en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional que conoce del litigio.

No obstante, la competencia para conocer de una acción en materia de obligaciones extracontractuales, puede establecerse en favor del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una demanda, si el Estado miembro de ese órgano jurisdiccional protege los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado puede materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción.

Es decir, el órgano jurisdiccional ante quien se ha ejercitado una acción por tratarse del lugar en que se ha producido el daño sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio de dicho Estado miembro.

En concreto para este caso que versa sobre derechos patrimoniales, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros siguen siendo, en principio, competentes, en virtud del artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 y del principio de territorialidad, para conocer del daño causado a los derechos patrimoniales de autor en el territorio de su respectivo Estado miembro, puesto que son quienes están en mejores

¹⁰⁰ Si bien hay que puntualizar que la aplicación de esta disposición no está subordinada a que se produzca un daño efectivo y, por ello, puede aplicarse a acciones como la de cesación aunque asuman carácter preventivo.

condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado.

En definitiva, dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que, en caso de pluralidad de presuntos autores del daño alegado a los derechos patrimoniales de autor protegidos en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, esta disposición no permite determinar, atendiendo al hecho causante de este daño, la competencia de un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial no actuó aquel de los presuntos autores contra quien se ejercita la acción, pero permite determinar la competencia de esta jurisdicción atendiendo al lugar en que se ha producido el daño alegado siempre que éste pueda producirse en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda. En este último supuesto, este órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

Por lo que para el supuesto concreto de la sentencia, el Tribunal Alemán será competente para conocer del daño causado en su territorio.

Por lo que según la exposición de hechos que narra la sentencia, si se prueba que los hechos objeto de demanda se produjeron en París, el Tribunal Alemán no será competente para conocer ni enjuiciar esa cuestión.

Conclusiones

La pregunta que aquí nos formulamos es la siguiente: ¿Cabe interponer una demanda contra varios sujetos, en virtud del foro previsto en el art. 7.2 Reglamento 1215/2012?

Una vez expuesta la interpretación del artículo en la sentencia, hay que profundizar sobre esta cuestión.

En atención al artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 y a todo lo ya expuesto, sabemos que la demanda se tiene que interponer ante el órgano jurisdiccional donde se han causado los daños, el incumplimiento de las obligaciones extracontractuales.

Esta regla de competencia especial en materia delictual establecida en dicho precepto no resulta aplicable cuando, en caso de participación en los actos supuestamente dañosos de varias personas que han actuado en Estados miembros diferentes, la acción entablada contra una de ellas sólo puede vincularse con el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda a través del lugar del hecho generador imputado a un cómplice o coautor que no ha sido demandado ante ese mismo órgano jurisdiccional.

Por tanto, lo que se cuestiona aquí es determinar la solución que habría que dar, si concurre una situación de litisconsorcio pasivo en esta materia¹⁰¹.

En alguna sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea) establece que en los casos de disociación entre el lugar del acto causal y lugar del daño, se convierte el foro recogido en el art. 5.3 R.44/2001, el actual artículo 7.2 del R1215/2012, en “varios foros”, de modo que el demandante puede interponer su demanda ante tribunales de varios Estados miembros distintos.

¹⁰¹ Tiene lugar cuando existen varios demandados y las distintas demandas tienen entre sí un grado de conexión que justifica el interés de que sean juzgadas, absueltas en un solo proceso, evitando así las situaciones contradictorias, que pudieran dar lugar por el hecho de que distintos tribunales se pronunciasen respecto de esas demandas que están conectadas entre sí.

Conforme al artículo 8.1 del Reglamento 1215/2012 se permite al demandante presentar su demanda contra todos los demandados en un mismo proceso y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga el domicilio cualquiera de esos demandados.

Sin embargo, este precepto solo sirve para atraer la competencia respecto de todas las demandas al tribunal del domicilio de uno de los demandados.

Por consiguiente, cuando el tribunal de un Estado miembro conoce de un litigio en atención a otro foro de competencia distinto al del domicilio del demandado ese tribunal no puede conocer conjuntamente de todas las demandas. Es decir, en estos casos, en los que el tribunal ostenta competencia en atención a un foro especial, no cabe este supuesto.

Por tanto, el demandante tendrá que interponer varias demandas, ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros donde hayan tenido lugar los daños, y se tramitarán dichas demandas, en consecuencia, en distintos procesos y por distintos órganos, autoridades judiciales.

En conclusión, no cabe la posibilidad de demandar a varios sujetos en un mismo procedimiento conforme al artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012.

Bibliografía

STJUE 3 de abril de 2014, *Hi Hotel*

STJUE 16 de mayo de 2013, *Melzer*

STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse* FJ 19 y 20

STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*

STJCE 5 febrero 2004, *Danmarks*

Dutrey Guantes, Y. <<Cuaderno de los grupos de trabajo procesal>>, Ilustre Colegio de Abogados.

Guzmán Zapater, M.; Herranz Ballesteros, *Curso virtual: Un espacio sistemático del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil*.

CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, (vols. I y II), Granada, Ed. Comares

Cynthia Zárate Pérez

Análisis de la STJUE 16 mayo 2013 (As. C-228/11), Melzer - MF Global UK Ltd.

Introducción:

La sentencia de 16 de mayo de 2013 resuelve la petición de decisión prejudicial formulada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) versa sobre la interpretación del artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Cabe destacar que aunque la decisión prejudicial versa sobre la interpretación de artículo 5, punto 3 del reglamento (CE) n° 44/2001, la interpretación realizada también será útil para el artículo 7, punto 2 del reglamento (CE) n° 1015/2015 que entró en vigor el 1 de enero de 2015 puesto que el contenido de art 7, punto 2 del reglamento de (CE) n° 1015/2015 es una

reproducción del artículo 5, punto 3 del reglamento de (CE) n° 44/2001. Así la intención del Tribunal de Landgericht Düsseldorf es proponer a Tribunal de Justicia que declare un criterio nuevo de competencia basando en el lugar del acto dañoso cometido por un autor del hecho dañoso diferente del lugar de realización acto delictivo del demandado. Por lo tanto, dicho criterio sería un alternativo frente a los criterios descritos en el artículo 5, punto 3 del reglamento (CE) n° 44/2001 que faculta a demandante a presentar demanda contra ante el tribunal de lugar de producción o de realización de daño o el tribunal del hecho generador del daño.

Hecho conflictivo:

El Sr. Melzer, con domicilio en Berlín, contrató con la sociedad Weise Wertpapier Handelsunternehmen (en lo sucesivo, «W.W.H.»), con sede en Düsseldorf para que dicha sociedad abriera una cuenta a nombre del Sr. Melzer en MF Global UK Ltd (en lo sucesivo, «MF Global UK») que es una agencia de bolsa domiciliada en Londres y se dedica a realizar operaciones de futuros con la cuenta que abrió «W.W.H.» para el interesado a cambio de ciertas remuneraciones.

Desde 2002 hasta 2003, el Sr. Melzer realizó un importe total de 172.000 euros en la cuenta. Sin embargo el 9 de julio de 2003, MF Global UK revirtió a aquél, en la misma cuenta, un importe de 924,88 euros, facturándole una comisión de 120 USD, de la que detrajo 25 USD, devolviendo la diferencia de 95 dólares a W.W.H. Por lo tanto, Sr. Melzer sufrió una gran pérdida económica por la mala gestión realizada por MF Global UK.

El Sr. Melzer presentó una demanda ante el tribunal de Landgericht Düsseldorf solicitando que el tribunal declarara la responsabilidad únicamente contra MF Global UK para que dicha sociedad abonara a Sr. Melzer una indemnización igual a la diferencia entre lo abonado y lo recibido en el marco de las operaciones mencionadas.

Ante la demanda presentada por Sr. Melzer, el tribunal de Landgericht Düsseldorf (Alemania) afirmó la aplicabilidad de del Reglamento n° 44/2001 puesto que el demandado MF Global UK está domiciliado en un Estado miembro del Reglamento n° 44/2001 atendiendo al artículo 5 del dicho reglamento. Sin embargo, el tribunal de Landgericht Düsseldorf planteó una duda sobre la determinación de competencia territorial a la hora de interpretar el artículo 5, punto 3 del Reglamento n° 44/2001 dado que el artículo 5, punto 3 del dicho Reglamento establece dos criterio de determinación de competencia judicial internacional que son el lugar de realización o producción de daño o el lugar de hecho causal de daño. En primer lugar, conforme al criterio de lugar de producción de daño, según el tribunal de Landgericht Düsseldorf, se determina que los tribunales de Berlín son competentes para conocer el caso porque desde allí efectuó las transferencias a la cuenta de Londres pero W.W.H está domiciliado en Landgericht Düsseldorf y realiza operaciones en Landgericht Düsseldorf. Por lo tanto, el tribunal de Landgericht Düsseldorf no es competente según el primer criterio. Según el segundo criterio que es el lugar de hecho causal de daño, como MF Global UK opera exclusivamente en Londres, se determina que los tribunal de Londres son competentes. Así según la interpretación estricta los dos criterios descritos en el artículo 5, punto 3 del Reglamento n° 44/2001, el tribunal de Landgericht Düsseldorf no es competente territorialmente pero dicho tribunal planteó la duda de si su competencia podría basarse en la actividad de W.W.H. en Düsseldorf puesto que W.W.H. cooperó con MF Global UK en la realización de los actos que genrarón daños a Sr. Melzer. Es decir, el tribunal de Landgericht Düsseldorf propone un nuevo criterio alternativo atendiendo las peculiaridades existentes en Derecho alemán frente a los dos criterios descritos en el artículo 5, punto 3 porque en Derecho alemán prevé que en caso de participación de varias personas en un acto delictivo, cada una sea corresponsable con las demás de la realización de ese acto. Así que la competencia del tribunal de Landgericht Düsseldorf se podría basarse en el lugar donde ese coautor o cómplice actuó.

Alcance u objeto de la cuestión prejudicial:

En este caso concreto, Sr. Melzer estaba vinculado por un contrato con MF Global UK y con W.W.H. Y el demandante presentó su demanda ante el tribunal de Landgericht Düsseldorf que intenta fundamentar su competencia judicial internacional en el artículo 5, punto 3 del Reglamento n° 44/2001 que regula la determinación de competencia judicial internacional en las relaciones delictuales o cuasidelictuales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha interpretado de forma reiterada el artículo 5 punto 3 de dicho artículo diciendo que la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» designa tanto el lugar de realización o de producción de daño como el lugar de hecho generador de daño. Es decir, son dos criterios estrictos de determinación de competencia. Por lo tanto la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia es una interpretación estricta y conforme a la interpretación estricta el tribunal de Landgericht Düsseldorf no podrá ser competente en ningún caso. Sin embargo el tribunal de Landgericht Düsseldorf realiza una interpretación extensiva del criterio de lugar de hecho generador de daño atendiendo las particularidades de Derecho alemán indicando que él mismo podría ser competente para conocer el conflicto porque Düsseldorf es el lugar en el que uno de los dos supuestos autores del daño ha actuado. Así como dice la sentencia en su párrafo 38 ¹⁰²:

<<Por consiguiente, para determinar su propia competencia, el Landgericht Düsseldorf desea determinar si existe en este supuesto un criterio de competencia que pudiera basarse en el segundo de dichos criterios, a la vista de los actos dolosos o culposos reproducidos respectivamente por los supuestos autores del ilícito civil. El lugar de los hechos generadores del daño podría ser, o bien Londres, donde MF Global UK llevó a cabo las operaciones bursátiles, o bien Düsseldorf, como ciudad donde tiene su sede W.W.H., sociedad no demandada, pero que cooperó con el único demandado.>>

Es decir, el tribunal de Landgericht Düsseldorf ha propuesto una interpretación extensiva del criterio de lugar de hecho generador de daño descrito en el artículo 5, punto 3 y lo que tendrá que hacer el Tribunal de Justicia es determinar el grado de aceptabilidad de la interpretación extensiva de dicho artículo. Esto es el objeto de la cuestión prejudicial.

Interpretación propuesta por el Tribunal de Justicia:

Según Tribunal de Justicia, a la hora de interpretar el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» recogido en el artículo 5, punto 3, no se atiende a las particularidades contenidas en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Y la interpretación del Reglamento n° 44/2001 ha de realizarse no sólo atendiendo a su tenor literal, sino también al sistema establecido por dicho Reglamento y los objetivos que persigue.

Así el Tribunal de Justicia aclara que la interpretación extensiva sobre el artículo 5 punto 3 realizada por el tribunal de Landgericht Düsseldorf no es aceptable. Es decir, el demandando no puede presentar demanda ante el tribunal de Landgericht Düsseldorf por razón de que es el del lugar en el que un cómplice o coautor no demandado ha participado en la comisión del acto dañoso alegado. Según el Tribunal de Justicia lo que tendría que hacer el demandante es presentar demanda ante el tribunal del domicilio del demandado, el del lugar donde se ha producido el daño, o aquel en que se ha producido el hecho generador de este daño. La negación de la interpretación extensiva del artículo 5 punto 3 se base de dos razones expuestas en la sentencia:

En primer lugar, según el artículo 2 apartado 1 del Reglamento n° 44/2001, el demandante puede presentar la demanda ante el tribunal del domicilio de demandado.

¹⁰² Sentencia de 16 de mayo de 2013 de Tribunal de Justicia sobre el asunto de Melzer contra MF Global Ltd

Este foro de competencia se establece con la finalidad de proteger los intereses de la parte que no ha ejercitado la acción transfronteriza basando en la artículo 5, punto 3. Así que lo que hacer el sistema del Reglamento n° 44/2001 es ofrecer a demandante una opción de apartarse de la regla general del artículo 2, apartado 1 puesto que el demandante podrá presentar su demanda conforme al artículo 5, punto 3. Por lo tanto, no conviene extender el alcance de este último artículo más allá de las hipótesis contempladas expresamente en el Reglamento n° 44/2001. Es decir, la interpretación tiene que ser estricta o restrictiva. Así declara el juez de Tribunal de Justicia en su párrafo 54 de la sentencia ¹⁰³:

Dado que el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» no puede interpretarse de manera excesivamente extensiva en cuanto al criterio de conexión con el lugar de materialización del daño, en mi opinión debería ocurrir lo mismo con el criterio de conexión con el lugar del hecho generador del daño, de manera que no fuera posible atribuir a un órgano jurisdiccional la competencia en materia delictual a través de la imputación a un demandado de actos cometidos en otro Estado miembro por una tercera persona.

En segundo lugar, según la sentencia, los criterios expuestos en el artículo 5, punto 3 se basa en la existencia de una conexión estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso. Es decir, la atribución de la competencia al dicho órgano se justifica especialmente por la proximidad con el litigio. Sin embargo si se adoptara el nuevo criterio de competencia propuesto por el órgano jurisdiccional remitente, esto nos llevaría a que el tribunal que resultara competente sobre según el nuevo criterio propuesto del lugar donde se produjeron los actos dañosos de un tercero no demandado, alemán en este caso, tendría que pronunciarse sobre la responsabilidad de un demandado domiciliado en el Reino Unido. Así que podemos ver claramente que los actos supuestamente ilícitos realizados por MF Global UK no sólo no están próximos sino que están alejados de la competencia territorial de dicho tribunal. Por lo tanto, conforme el principio de proximidad de litigio consagrado por el sistema del Reglamento n° 44/2001, la interpretación extensiva propuesta no el tribunal remitente no es aceptable.

En conclusión, el artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el foro de competencia especial en materia delictual no faculta al demandante presentar demanda ante el tribunal de lugar en el que uno de los dos supuestos autores del daño ha actuado para el caso de participación en los actos delictivos por varias personas domiciliadas en los Estados miembros.

Wenbo Zhou

¹⁰³ Párrafo 54 de la sentencia de 16 de mayo de 2013 de Tribunal de Justicia sobre el asunto de Melzer contra MF Global Ltd

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO II DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2015/2016 (Profesora Antonia Durán Ayago)

RESULTADOS

Hemos realizado dos seminarios sobre los siguientes temas¹⁰⁴:

- o Seminario Wiki I: Técnicas de reproducción asistida y determinación de la filiación (del 4 de noviembre al 12 de diciembre de 2015). Participan 10 alumnos
- o Seminario Wiki II: Procesos sucesorios con elemento internacional (del 4 de noviembre al 12 de diciembre de 2015). Participan 15 alumnos

Todos los seminarios, una vez realizados en una wiki de acceso limitado para aquellos alumnos que se habían matriculado en el seminario y revisados por mí, se han podido consultar en Studium Plus por todos los alumnos matriculados en el Grupo II de 4º.

Los dos seminarios se expusieron por los alumnos que lo habían realizado en horario de clases prácticas. En él participaron además el resto de alumnos del grupo.

Todos los alumnos que han participado en los seminarios han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita su participación.

Cada seminario ha tenido uno o varios coordinadores que también han recibido su certificado diferenciado. La labor de los coordinadores ha sido esencial para coordinar los distintos grupos que se han formado en cada uno de los seminarios.

El 9 de mayo de 2016, el Pfr. Dr. Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia, impartió la conferencia titulada “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: el desafío” en el marco de este Programa.

El resultado de los seminarios realizados se adjunta a continuación.

¹⁰⁴ Indico el número de estudiantes que ha participado en cada uno de ellos y fechas en que se han realizado.

Técnicas de reproducción humana asistida y determinación de la filiación
Coordinado por Carlota López Roo

© Seminario realizado por
ADELAIDA GÓMEZ MUÑOZ,
ÁLVARO LÓPEZ USATORRE
ESTELA MARTÍN GONZALO,
MARÍA GONZÁLEZ MERCHÁN,
SARA PEDRERO MUÑOZ,
DANIEL MANGAS BENITO,
SONIA JIMÉNEZ GARCÍA,
FRANCISCO PACHECHO MACEDO,
RAMÓN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

I. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. REGULACIÓN NACIONAL DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Cuando hablamos de la regulación nacional de las técnicas de reproducción asistida, lo normal sería acudir directamente a la legislación actual sobre la materia, es decir, a la **LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**. Sin embargo, antes de referirnos a dicha ley en profundidad, vamos a hacer un breve repaso de sus *antecesoras*.

A finales del siglo XX en España se materializó la necesidad de dar solución a los problemas de esterilidad que un amplio número de parejas sufría (se calculaba que unas 700.000 parejas sufrían algún tipo de impedimento en este sentido).

1984 es una fecha clave para las personas con problemas de fertilidad, ya que en dicho año tuvo lugar el nacimiento de LOUSIE BROWN, la primera “niña probeta”, a través de la *fecundación un vitro*, una de las principales técnicas.

El concepto de reproducción asistida es muy amplio pero podemos entender, a grandes rasgos, que se trata de **una “intervención humana en cualquiera parte del proceso reproductivo”**¹⁰⁵ ya que puede producirse tanto en el proceso de ovulación, como en la formación de espermatozoides, en la manipulación de óvulos, en la unión de un ovulo con espermatozoides y en la manipulación de embriones.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la **Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida**. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.

Esta ley no sólo daba solución a los problemas de esterilidad, sino que permitía la manipulación de óvulos con fines diagnósticos, terapéuticos y de investigación.

No obstante, aunque esta ley diese solución a un problema importante como es el de la esterilidad, no fue del todo aceptada por la sociedad, en el sentido de que podía considerarse chocante con la ética y la moral, al tratarse de una legalización de procesos artificiales de reproducción humana para los cuales quizás no toda la sociedad española estuviese preparada.

Sin embargo, a lo largo de los años, el avance de la ciencia ha permitido que esta materia se vea desarrollada, siendo necesaria una reforma de esta ley anteriormente mencionada para su adaptación a la realidad social del momento.

¹⁰⁵ **Cristina Maestre**, *especialista en reproducción asistida humana*. RA: revista de reproducción asistida

Quince años estuvo vigente la ley de 1988 cuando, en 2003, se promulgó **la LEY 45/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**. Era de esperar que a lo largo de los años, al igual que muchos casos podían enmarcarse perfectamente dentro de la ley, otros tantos podían suscitar dudas al respecto, dando lugar a situaciones de inseguridad jurídica. Ante este tipo de situaciones, era necesario llevar a cabo una modificación de la ley para dar solución a estos casos.

Uno de los principales motivos de la reforma, aparte del ya mencionado, era, como dice la exposición de motivos de esta ley de reforma, la acumulación de preembriones sobrantes de la fecundación in vitro, los cuales, de acuerdo al artículo 11 de la ley de 1988, podían ser conservados durante el plazo de 5 años, sin especificar qué hacer con ellos una vez pasado el plazo. Realmente no se trata más que de un ejemplo de casos a los que el propio paso del tiempo puso de manifiesto que la ley no prestaba solución.

Otro de los problemas a los que era necesario dar solución era el embarazo múltiple, consecuencia derivada de la regulación del artículo 4 de la ley de 1988.

Por lo tanto, lo que básicamente hizo esta reforma fue modificar los artículos 4 y 11 de la anterior ley, dando solución a los dos problemas mencionados a través de una regulación más exhaustiva de los mismos.

No obstante, de nuevo, el paso del tiempo mostró que esta reforma realizada sólo dio una solución parcial a los problemas de embarazo múltiple y acumulación de preembriones, lo que hizo necesaria la promulgación de una nueva ley que se acomodara a la realidad actual: **la LEY 14/2006, DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**.

Lo que la ley de reforma de 2003 había hecho, a grandes rasgos, era autorizar la utilización de los preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma para la investigación (con restricciones), pero al mismo tiempo establecía el límite de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, dificultando la práctica de éstas técnicas de reproducción asistida (de acuerdo a lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley 14/2006).

Por esta razón, además de por la ya mencionada de adecuación a la realidad social del momento, fue necesaria la promulgación de una nueva ley que diese una solución puede que no definitiva, pero sí más adecuada, a los problemas que presentaba la ley de 1988.

En la actual **LEY DE 14/2006, DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**, tiene por objeto **regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente** (artículo 1.1 a)). Dichas técnicas son las que se relacionan en el propio Anexo de la ley:

“A) Técnicas de reproducción asistida

1. Inseminación artificial.

2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

3. Transferencia intratubárica de gametos.”

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Los especialistas califican la **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL** como una de las más sencilla, se trata, básicamente de introducir en el aparato reproductor femenino el espermatozoides a través de instrumental médico especializado, actualmente son dos los tipos de inseminación artificial que pueden llevarse a cabo:

- Inseminación artificial Homóloga (Conyugal).
- Inseminación artificial Heteróloga (Donante).

Sin embargo, dentro de estos dos tipos de inseminación artificial existen otros tres tipos en función del lugar del aparato reproductor femenino en que se lleve a cabo la práctica:

- Inseminación artificial Intrauterina
- Inseminación artificial Intracervical
- Inseminación artificial intravaginal

IMAGEN: <http://www.ingen.es.es/ingen/wp-content/uploads/esquema-inseminacion-artificial.jpg>

FECUNDACIÓN IN VITRO

Por lo que respecta a la **Fecundación in vitro (FIV)**, consiste en extraer los óvulos mediante la punción folicular tras una estimulación ovárica que se ponen en contacto con los espermatozoides reproduciendo el proceso de fecundación en una placa de laboratorio, para la posterior introducción del embrión en el útero de la mujer.

IMAGEN: http://www.lainseminacionartificial.com/fotosinseminacion/inseminacionartificial_intrauterina.jpg

LA INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES

En la **Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)** se produce la inyección de un espermatozoide en el óvulo a través de una microinyección para

facilitar la fecundación, esta técnica parte del número reducido de espermatozoides o de la baja motilidad de estos.

IMAGEN: http://images.slideplayer.es/2/1033381/slides/slide_46.jpg

TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS

Y por último, la **Transferencia intratubárica de gametos** consiste en una transferencia intratubárica **permite que la fecundación ocurra de manera espontánea en las trompas de Falopio**, se colocan los óvulos y los espermatozoides en la trompa mediante laparoscopia, para que la fertilización ocurra en el sitio natural.

IMAGEN: http://images.slideplayer.es/2/1028259/slides/slide_19.jpg

En cuanto a las **CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS**, la ley establece como condiciones personales necesarias para la aplicación de estas técnicas (artículo 3) que éstas se realicen solamente cuando:

- Haya posibilidades razonables de éxito
- No supongan un riesgo grave para la salud física, psíquica, de la mujer o la posible descendencia

Además, se requiere la **previa aceptación de la mujer** tras la **debida información** sobre las posibilidades de éxito, los riesgos y las condiciones de dicha aplicación. Este requisito de información y asesoramiento debe realizarse tanto a los que vayan a recurrir a estas técnicas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes.

La información se extenderá a aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos, deberá realizarse además de una manera que resulte comprensible.

Estas técnicas no se pueden realizar en cualquier centro si no que los **CENTROS Y SERVICIOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA deben reunir una serie de requisitos marcados por la ley, y a estos efectos** se exige para la práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida que los centros que la lleven a cabo estén debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. En dicha autorización específica se señalará la técnica de reproducción asistida que llevan a cabo.

Dichos centros, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.

Estos centros, además de las técnicas de reproducción asistida, también podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional con el fin de detectar enfermedades hereditarias graves las cuales no puedan ser tratadas con arreglo a los conocimientos científicos y para la detección de otras alteraciones que pueden comprometer la viabilidad del preembrión. Estas técnicas de diagnóstico prematuro no podrán emplearse con ninguna otra finalidad, a no ser que se obtenga la autorización expresa de la COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Existe un Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida al que los centros que practiquen técnicas de reproducción asistida están obligados a suministrar información precisa sobre su actividad y cualquier otro dato de entidad suficiente para que los usuarios puedan valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro.

Por lo que respecta a los participantes en estas técnicas de reproducción asistida, la ley recoge los derechos, condiciones y obligaciones tanto para los DONANTES como para los USUARIOS de las técnicas y tratamientos:

En lo que respecta a la figura del DONANTE la ley le presta atención a este participante en las técnicas de reproducción asistida, señalando sus derechos y los requisitos del contrato de donación.

Así, la ley señala que dicho contrato **será gratuito, de carácter formal y confidencial entre el donante y el centro.** El contrato deberá realizarse con forma escrita y antes, el donante habrá de ser **informado de los fines y consecuencias** de la donación.

La confidencialidad de la identidad del donante traslada consecuencias legales para los equipos médicos y la dirección de los centros o servicios si violan el secreto de identidad, puesto que la donación es anónima y deberá garantizarse. Dichas consecuencias legales también son predicables si se omite información o estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes.

Si bien es cierto que esta confidencialidad sobre la identidad del donante tiene un carácter parcial, puesto que la ley señala la posibilidad que los hijos nacidos tiene derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. La cual solo podrá ser revelada excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o salud del hijo, siempre que dichos datos sean indispensables para evitar el peligro.

La capacidad jurídica para ser donante la ley la equipara a la mayoría de edad, y además se exige que se cuente con un buen estado de salud psicofísico, que se comprobará mediante un estudio de las características fenotípicas y psicológicas, para demostrar que se carece de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Además se exige que los donantes tengan plena capacidad de obrar.

La ley tiene una clara inclinación por la neutralización del carácter lucrativo o comercial de la donación, señalando que cualquier tipo de compensación económica solo podrá alcanzar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que

la mismas pueda ocasionar. Además recalca que en cualquier tipo de publicidad o promoción que incentive las donaciones deben señalar el carácter altruista de las mismas, eliminando cualquier incentivo económico.

Como número máximo autorizado de hijos nacidos en España por gametos de un mismo donante está fijado en 6, por ello, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, las condiciones, momento y centro en el que se hubieran realizado.

Se exige a cada centro o servicio comprobar fehacientemente la identidad de los donantes y las donaciones anteriores realizadas por dicho donante.

Existe para ello un REGISTRO NACIONAL DE DONANTES, adscrito al ministerio de Sanidad y Consumo, y en este se inscribirán los donantes de gametos y preembriones, siempre con garantías de confidencialidad. En este Registro también se consignará los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de los usuarios de técnicas.

El semen de los donantes se crioconservará en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.

La elección del donante de semen no se hará por las personas que se someten al tratamiento, sino que sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberán procurar y garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Esta ley protege la identidad de los donantes, y por ello se establece que en ningún caso se podrá elegir personalmente por los usuarios el donante.

Por último, y los más importantes, debemos hacer una referencia a los **USUARIOS DE LAS TÉCNICAS**. En este punto nos vamos a centrar en la figura de la **mujer** que se va a someter a las técnicas de reproducción asistida.

Se exige en el artículo 6 de la LRA la mayoría de edad y la plena capacidad para ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas.

La mujer deberá prestar su consentimiento, y previamente a este momento tendrá que recibir información sobre los riesgos para ella misma que conlleva el someterse al tratamiento y el embarazo, así como, los riesgos para la descendencia.

El consentimiento debe ser escrito, prestado de manera libre, consciente y expreso. Si la mujer estuviera casada se requiere además, el consentimiento de su marido que deberá reunir idénticos requisitos.¹⁰⁶

¹⁰⁶ BIBLIOGRAFÍA EPÍGRAFE:

MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA:

<http://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/biblioteca-de-salud/ginecologia/exploraciones-ginecologia/san041995wr.html> (Última visita: 8/o1/2016)

2. REGULACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (DERECHO COMPARADO).

Cuando hablamos de la regulación de las técnicas de reproducción asistida a nivel europeo, es necesario destacar que, hoy en día, no existe una legislación uniforme al respecto. Sin embargo, esta afirmación no quiere decir que no se acepten estas técnicas, sino que cada país tiene su propia forma de regularlas y no se ha llegado a la uniformidad legislativa en este sentido.

Así pues, podemos clasificar los países europeos, según su forma de regular estas técnicas, de la siguiente manera:

- Países con legislación específica vigente sobre técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania.
- Países con proposiciones de ley: Francia, Portugal, Italia, Austria y Bélgica
- Países con medidas legales (Decreto ley o normativas): Portugal; Bulgaria, Rusia, República Checa, Hungría y Austria.
- Países con recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos: Irlanda y Suiza.

Sin quitar importancia a la regulación sobre la materia que hace el resto de países de Europa, en este concreto apartado nos vamos a centrar, por conveniencia y facilidad de investigación, en los países con legislación específica vigente, ya que éstos disponen de textos legales a los que remitirnos.

Ya hemos visto en el apartado anterior cómo se regulan las técnicas de reproducción asistida en el ámbito nacional de España, pero realmente no hemos visto qué regula exactamente ese texto español, por lo que además de hablar de las regulaciones que hacen de esta materia los distintos países europeos, también veremos en qué coincide y en qué no la regulación española.

Lo que vamos a hacer, básicamente, es determinar qué textos sobre la materia se aplican en cada uno de los Estados de Europa (de los que disponen regulación vigente). Una vez en este punto, analizaremos sus similitudes y discrepancias respecto a los puntos más destacables de los textos:

1. **Noruega:** Ley sobre fertilización artificial de 1987.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Noruega legisla sobre la inseminación artificial y la fecundación in vitro, al igual que lo hacen el resto de los países nombrados, pero difiere del resto en el sentido de que éstas técnicas solo se aplican a matrimonios legales.

En cuanto a la inseminación artificial post-mortem, considerada como un aspecto destacable de las legislaciones europeas, Noruega no se pronuncia al respecto en su texto legislativo, al igual que tampoco lo hace Inglaterra.

Ahora nos centraremos en la donación y crioconservación de gametos, junto con la donación y criopreservación de embriones. En este sentido, Noruega permite la donación de semen, con la única salvedad de que es necesario que el semen proceda de la pareja.

Otra materia trascendente es la experimentación en embriones. En este sentido, Noruega la prohíbe porque considera que la vida humana debe ser respetada desde la fecundación. En este mismo sentido, la manipulación de embriones no se contempla en esta regulación por la prohibición de la experimentación en embriones.

2. **Alemania:** Ley sobre protección del embrión humano de 1990.

Alemania, por su parte, además de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, regula las técnicas de micromanipulación. No obstante, al igual que Inglaterra, Alemania no se pronuncia sobre la aplicación de la ley.

Refiriéndonos a la inseminación artificial post-mortem, Alemania, junto con Suecia, son los únicos países que la prohíben.

Siguiendo el orden de materias establecido en el apartado de Noruega, Alemania permite la donación de semen, como el resto de países que se están tratando, pero, por el contrario, no se pronuncia sobre la donación y criopreservación de embriones.

Al igual que Noruega, Alemania también prohíbe la experimentación con embriones al entender que la vida humana comienza desde la fecundación. Sin embargo, a diferencia de Noruega, Alemania sí que permite la manipulación de embriones siempre y cuando *“no lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección”*.

3. **España:** Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988 (reformada).

España no solo regula, como el resto de países, la inseminación artificial y la fecundación in vitro, sino que además habla sobre la transferencia intrafalopiana de gametos (GIFT).

En el ámbito de aplicación de la ley, se trata del país más tolerante de Europa, ya que no solo permite la aplicación de esta ley a matrimonios legales y parejas de hecho, sino que también lo permite a mujeres solteras.

En cuanto a la inseminación artificial post-mortem, vuelve a ser éste país el más tolerante, ya que es permitida siempre y cuando se cumplan unos requisitos establecidos en la ley.

España, por su parte, acepta la donación de semen sin limitaciones como las de Noruega, y, además, acepta expresamente la donación y congelación de embriones, junto con Inglaterra.

En la legislación española, a diferencia de Alemania, por ejemplo, se permite la experimentación en embriones siempre y cuando se haga con fines terapéuticos o de investigación. No obstante, se establece un límite y es que puede realizarse hasta los 14 días de la fecundación.

España, en régimen de manipulación de embriones, se mantiene en la línea de la regulación alemana. Es decir, prohíben este tipo de actos si lleva consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección.

4. **Suecia:** Ley sobre la inseminación artificial de 1984 / Ley sobre la fecundación in vitro de 1984.

Suecia, al igual que el resto de países mencionados, regula la inseminación artificial y la fecundación in vitro, pero es el único país que no regula la experimentación en embriones humanos.

En cuanto a la aplicación de la ley, Suecia se asimila al régimen noruego, añadiendo al matrimonio legal, las parejas de hecho (siempre y cuando las parejas sean heterosexuales).

Como ya hemos mencionado antes, Suecia, junto con Alemania, prohíbe la inseminación artificial post-mortem.

Al igual que Noruega, Suecia permite la donación de semen, siempre y cuando el mismo proceda de la pareja. Por lo contrario, prohíbe la donación de embriones, aunque no lo hace expresamente en su ley, sino a través de un informe gubernamental.

El régimen sueco de experimentación en embriones es similar al español, con la salvedad de que no se establece en normas legales, sino en normas éticas.

5. **Dinamarca:** Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos de 1987.

6. **Inglaterra:** Ley sobre fertilización humana y embriología de 1991.

Inglaterra regula la inseminación artificial y la fecundación in vitro, pero no se pronuncia sobre la aplicación de la ley, como sí lo hacen España, Noruega y Suecia.

Por otro lado, sí que permite la donación de semen y de embriones, así como su congelación, como ya se ha mencionado en la regulación española.

Inglaterra, al igual que España, permite la experimentación en embriones siempre y cuando se haga antes de los 14 días de la fecundación y, en la misma línea, permite la manipulación de embriones siempre y cuando “*no lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección*”.

Otra materia trascendente, no mencionada en los anteriores países, es la maternidad por sustitución. Inglaterra es el único país de los mencionados que tiene una ley al respecto.¹⁰⁷

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación por sustitución, también conocida con otros nombres como maternidad subrogada, madres gestantes, vientre de alquiler..., hace referencia al **acuerdo previo entre una pareja o un individuo con una mujer portadora o gestante, que se compromete a llevar a cabo un embarazo sometándose a las técnicas de reproducción asistida y a entregar al niño o niños en el momento de su nacimiento, renunciando a aquellos derechos que se generan con el parto a cambio, generalmente, de dinero.**

Esta realidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en la LRHA en su **artículo 10**, en el cual alude a esta realidad como “*contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o tercero*”. Además este artículo señala la **nulidad de pleno derecho** de dicho contrato.

De este concepto legal de gestación por sustitución podemos identificar los elementos de este contrato cuya naturaleza jurídica no se encuentra tipificada, solándose identificar con el “*arrendamiento de servicios o en el arrendamiento de obra*” (Idea de DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, Diario La Ley, n° 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, p.1.)

Las partes intervinientes en el contrato son por un lado, la persona o pareja, matrimonio o no, con independencia de la condición sexual que acuerda con una mujer su sometimiento a las técnicas de reproducción asistida y la gestación. El objeto del contrato es, por tanto, gestación en el vientre de la mujer gestante de un niño el cual deberá entregar en el momento del nacimiento. El contrato puede ser asimismo, oneroso o gratuito, es decir, puede tener carácter comercial, o por el contrario realizarse de manera altruista.

La gestación por sustitución presenta dos modalidades, por un lado se habla de “*gestación tradicional*”, que es aquella en el que la mujer gestante aporta su material

¹⁰⁷ BIBLIOGRAFÍA EPÍGRAFE:

INSTITUTO BERNABEU: <https://www.institutobernabeu.com/es/ib/legislacion-espanola-de-reproduccion-asistida/> (última consulta 24/10/2015)

BIOÉTICAWEB, LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO EUROPEO: <http://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/> (última consulta: 25/10/2012)

BD DIGITAL: http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf

genético, siendo además de portadora, la madre biológica. En esta modalidad el óvulo fecundado pertenece a la madre gestante y el espermatozoide puede pertenecer a un donante o al padre comitente, de tal manera que en caso de ser una pareja heterosexual el padre lo será genéticamente y el en caso de una pareja homosexual, lo será el que aporte el espermatozoide.

Existe otra modalidad, que es la que se conoce como “**maternidad subrogada gestacional**”, en este caso, la mujer gestante no aporta su material genético de tal manera que no será la madre biológica. En este caso puede ocurrir que la pareja comitente sea la que aporte tanto el óvulo como el espermatozoide, de tal manera que serán los padres biológicos. Puede que solo sea la mujer comitente quien aporte su óvulo y este sea fecundado por un espermatozoide de donante anónimo, y gestado por la madre gestante. Y por último, puede ser que el material genético no sea ni de los comitentes ni de la mujer gestante. En esta modalidad, la gestante solo cede su útero y gesta el embrión¹⁰⁸

Los orígenes de esta realidad que hoy en día está muy presente en nuestras vidas, se recogen en el **Antiguo Testamento**, unos mil años antes de Cristo, cuando las mujeres de dicha época estériles ante la vergüenza por no poder ser madres, permitían que su marido en una relación carnal con alguna de sus siervas la dejase embarazada, aceptando al hijo de dicha gestación como propio. Es así el caso de Sara (Génesis 16) o Raquel (Génesis 30).¹⁰⁹

No obstante, en el año 1980 se produjo el primer contrato con este objeto y ánimo de lucro, en Illinois, EEUU. Desde entonces es un método más frecuente cada vez en nuestra realidad.

Con la irrupción de la gestación por sustitución, así como de las técnicas de reproducción asistida de las que se han hablado en el apartado anterior, se produce una crisis de uno de los principios del derecho romano “*mater Semper certa est*”, máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, algo que deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.¹¹⁰

Ante esta realidad los ordenamientos jurídicos de cada Estado han adoptado diferentes posturas a la hora de regular este fenómeno, desde países que prohíben la gestación por sustitución, hasta aquellos en los que está permitida ampliamente.

Como ya hemos señalado, **España** es uno de los países que sigue la postura de la **PROHIBICIÓN** de la gestación por sustitución, predicando la **nulidad de pleno derecho del contrato que tenga por objeto la gestación en el vientre de una mujer portadora, un niño que posteriormente será entregado a la persona o pareja con quien se acordó dicha gestación renunciando a los derechos derivados del parto** (art 10 de LRHA).

¹⁰⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp.1 y 2

¹⁰⁹ Situación actual de la gestación por sustitución. REVISTA DERECHO DE LA UNED, núm. 14, 2014. Pág. 902

¹¹⁰ ELEONORA LAM. “GESTACIÓN POR SUSTITUCION. Realidad y derecho” INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO. 3/2012. Pág. 5

Esta nulidad que nuestro derecho impone al contrato de gestación por sustitución tiene su base en el art 1271 del CC en el cual se establece que todo contrato que tenga por objeto personas, ya sean presentes o futuras, será nulo puesto que, en conexión con el artículo 1275, sería ilícito su objeto.

En el artículo 10.2 del LRHA, se establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Esto supone que nuestro ordenamiento jurídico hace propio el principio del derecho romano **“mater Semper certa est”**, considerando a la gestante, madre a efectos jurídicos, puesto que la filiación materna para nuestro derecho se determina por el parto.

Esto hace que en la “maternidad subrogada gestacional” en la que la madre gestante puede aportar únicamente el útero y el proceso de gestación, y todo el material genético sea de la pareja comitente, será considerada madre a todos los efectos, aunque biológicamente no lo sea, algo que no ocurre con la filiación paterna puesto que en el artículo 10.3 establece la posibilidad del ejercicio de las acciones de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

En conclusión podemos decir que *“la legislación española prohíbe la gestación por sustitución al establecer que la madre legal es la mujer que da a luz y por tanto madre gestante, y que cualquier tipo de acuerdo en el que la madre gestante renuncie a la filiación a favor de un tercero, será nulo”*¹¹¹

En el artículo 24 y siguientes de la LRHA se recogen infracciones y sanciones, de leves a muy graves, por la mala práctica de las técnicas de reproducción asistida y la práctica por algún centro o servicio de la gestación por sustitución, tal y como se recoge en el artículo 26.1 b) como sanción grave *“5.ª La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora”* y *“2.ª La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.”*

Así mismo, en el Código Penal, el Capítulo II se titula “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor” se tipifican como delito la suposición del parte o la ocultación o entrega de un hijo para alterar o modificar su filiación, en el art 220

“Artículo 220.

- 1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*
- 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.*
- 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.*

¹¹¹ **MARÍA JOSÉ RUBIO SANCHÍS.** TFM *“GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. LA SITUACIÓN DE LA MUJER GESTANTE”*. SALAMANCA, 2012

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año."

El Código penal, también tipifica como una conducta delictiva la realizada por la madre gestante al entregar a otra persona a su hijo y le impone una pena de prisión de 1 a 5 años aparejada a la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad (art 221)

"Artículo 221.

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años."

También se articulan penas para los educadores, facultativos, autoridades o funcionario público si realizan alguna de las conductas descritas (art 22).

Artículo 222.

El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.”

No solo nuestro país sigue esta postura si no que otros ordenamientos como en **Francia, Alemania, Italia, Austria, Suecia o Suiza**, también consideran nulo de pleno derecho estos acuerdos.

Así por ejemplo, en **Francia** la legalización de la gestación por sustitución se considera como un acto que puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres. En el art 16.7 del Código Civil Francés se señala que todo convenio relativo a la gestación o procreación por cuenta ajena será nulo.

En **Suiza**, debemos acudir al artículo 119.2 d) de la Constitución Federal, desarrollado por el art4 de la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida de 1998, para encontrar la expresa prohibición de la gestación por sustitución.

A esta postura radical de nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, le sigue una postura moderada de países como **Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, entre otros**.

En estos países la gestación por sustitución **no adolecerá de la nulidad de pleno derecho si tiene CARÁCTER ALTRUISTA y se cumplen una serie de requisitos y condiciones** que cada ordenamiento señalará en su respectiva regulación.

En **Reino Unido** en el Acto de Acuerdo de Subrogación de 1985¹¹² se prohíbe la subrogación onerosa con carácter comercial, permitiéndose únicamente que se satisfagan aquellos gastos propios del embarazo que hayan tenido que ser sufragados por la madre gestante. El sistema de Reino Unido, protege más a la gestante puesto que conserva la regla “mater Semper certa est” y se concede un plazo razonable desde que se produce el parto hasta que se transfieran los derechos a los padres comitentes, para que la madre gestante puede replantearse su idea.

Otro país que adoptando una postura moderada como Reino Unido, tiene una regulación diferenciada es **GRECIA**, puesto que la gestación por sustitución solo se permite después de una resolución judicial. Se trata de lo que se conoce como un “proceso de pre-aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución¹¹³. Este sistema también es seguido por otros países como Israel y Sudáfrica. El modelo de aprobación anterior al tratamiento de la madre gestante provoca que los comitentes se vuelvan los padres legales inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos.

Llegamos a los países en los que la **gestación por sustitución está permitida**, como es el caso de *Ucrania, Rusia y algunos estados de Estados Unidos*, en el que en

¹¹² **Surrogacy Arrangements Act 1985**. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>. Última consulta: 20/02/2013.

¹¹³ **ELEONORA LAM**. “GESTACIÓN POR SUSTITUCION. Realidad y derecho” INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO. 3/2012. Pág. 7

algunos de sus estados está prohibida y en otros, permitida, por lo que habrá que estar a la legislación propia del estado en el que se encuentra la madre gestante.

Así por ejemplo, en *Illinois* se permite la gestación por sustitución tradicional, el gameto debe contener material genético de los comitentes, no permitiéndose la maternidad subrogada a una persona individual, teniendo que tratarse de una pareja heterosexual en todo caso. En *California*, en cambio, se permite la maternidad subrogada con fines comerciales con una jurisprudencia claramente favorable a los padres comitentes, con independencia de su orientación sexual y sin exigirse que la pareja esté casada.

En *Rusia*, nos encontramos con un régimen jurídico de maternidad subrogada solo accesible a parejas heterosexuales y mujeres solteras, cuya regulación se encuentra en el Código de Familia, pero totalmente permitida.

II. LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL Y A LA FILIACIÓN INTENCIONAL

1. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LA FILIACIÓN NATURAL

La determinación de la ley aplicable en la filiación natural. ¹¹⁴

Hablamos de filiación natural cuando esta se produce como consecuencia de un proceso de reproducción o gestación biológico. Así, el criterio básico para la determinación de la filiación es el biológico, pero no es el único; ya que existe la filiación por adopción y la filiación mediante procreación asistida con gametos ajenos que han ido apareciendo con la evolución de la sociedad. Sobre la filiación natural nos centraremos.

Como consecuencia de las reformas llevadas a cabo por el legislador español en este último año, nos encontramos con que existe una disociación entre los términos empleados a la hora de referirse a la filiación y todo lo que a ella rodea entre lo establecido en la LOPJ, encargada de establecer las normas de precisión de la competencia judicial internacional y por otro lado, el propio CC que es la ley aplicable en materia de filiación ante la ausencia de una normativa europeo o convencional sobre la materia.

De esta forma, en materia de competencia judicial internacional, la LOPJ en su artículo 22 quáter, letra *d*, establece que los Tribunales españoles tendrán competencia en materia de filiación cuando el hijo o hija “*tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida*

¹¹⁴ **C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO.** “*Derecho Internacional Privado*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 434- 467

habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.” De la configuración de este artículo resulta llamativo el foro exorbitante de la nacionalidad española, criticado por la doctrina pero que se ha mantenido.

También debemos tener en cuenta la competencia de los Tribunales españoles que le concede el art. 22 LOPJ en su apartado c, para conocer sobre la validez o nulidad de las inscripciones en registros españoles.

Pero, entrando en la cuestión que nos ocupa, el CC diferencia entre la ley aplicable de la determinación y carácter de la filiación y por otro lado, la ley aplicable al contenido de la filiación y al ejercicio de la responsabilidad parental. En el primero de los casos, nos referimos al art. 9.4 CC, norma fundamental aplicable en la determinación de la filiación. Lo que hace este precepto es diferenciar la filiación natural de la adoptiva, pues si bien por mandato constitucional (arts. 14 y 39.2 CE) no puede existir discriminación por razón de filiación, el CC expresa que el origen de ambas filiaciones es distinta.

El primer apartado de dicho art. 9.4 CC establece que el carácter de la filiación quedará determinada por la ley del lugar de residencia habitual del hijo. Como se puede comprobar el legislador español ha adoptado el concepto de “residencia habitual del hijo” como elemento fundamental para concretar la ley aplicable que delimite la filiación. El concepto que en esta ocasión se utiliza es completamente diferente al del “domicilio” que es utilizado por el legislador español más frecuentemente. Esto lo que nos permite dotarnos de un concepto mucho más flexible y fáctico.

Además este artículo establece un conjunto de reglas alternativas que nos permite determinar dicha filiación. Así el art. 9.4 CC nos dice que la filiación natural se determina de la siguiente manera:

- 1º. Por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación.
- 2º. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento.
- 3º. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. Entendiéndose por ley sustantiva española las normas del CC que permiten determinar la filiación. Lo mismo ocurre si ningún de los preceptos anteriores permite determinar la filiación o no.

Una vez resuelta la ley aplicable, tenemos que ir a observar cómo la legislación española determina la filiación natural, que es la que nos preocupa en este apartado. Así en primer lugar tenemos que diferenciar por un lado la ley que regule los modos de acreditación de la filiación, incluyendo los medios de su prueba y la eficacia probatoria de los mismos, el objeto y carga de la prueba (arts. 113, 115 y 120 CC). También esta

ley debe de determinar las acciones de filiación en un sentido amplio. Por otro lado, se debe concretar el carácter de la filiación, ese carácter incidiría básicamente, en la condición matrimonial o no matrimonial de la filiación.

Para precisar la filiación matrimonial o extramatrimonial: el procedimiento de reconocimiento de la filiación se inicia siempre determinando la relación de maternidad, para lo cual es necesario aportar en el Registro Civil el parte médico que da fe de que una mujer ha alumbrado a un recién nacido (arts. 115 y 120.4 CC). Una vez conocida quién es la madre, pueden darse dos casos: que esté casada o que no lo esté. Si está casada, hablamos de filiación matrimonial. En caso contrario, de filiación extramatrimonial. Esta distinción no implica diferencia alguna entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio¹¹⁵. Simplemente distingue entre dos cauces para la determinación de la paternidad, siendo más ventajoso aquél en que los progenitores son, además, cónyuges. De esta forma, la filiación matrimonial se rige por los artículos 115 a 119 CC, y la filiación extramatrimonial del 120 al 126 CC.

Otro de los elementos que es necesario determinar, y que es de aplicación tanto si es de naturaleza adoptiva o natural la filiación, es la responsabilidad parental, concepto que viene derivado del Convenio de La Haya de 1996. El concepto de responsabilidad parental va asociada a la noción de protección del menor y era desconocida hasta fechas recientes en España. De hecho, en el art. 9.4 CC habla de relaciones paterno- filiales, entendiendo que ambas se están refiriendo a lo mismo¹¹⁶. No obstante, ambas normas hacen mención al Convenio de La Haya. En este caso, parece que el legislador asume que la relevancia de la concreción del régimen jurídico del contenido de la filiación, incluyendo las relaciones paterno-filiales, tiene trascendencia únicamente cuando el hijo es menor de edad.

Determinación de la ley aplicable en filiación natural: Derecho comparado

En Portugal¹¹⁷, según su Código Civil (art. 56), la determinación de la filiación se rige por la ley personal del progenitor (ley nacional del progenitor) en el momento del establecimiento de la relación. Si se trata de un hijo o hija de mujer casada, la filiación sobre el padre se rige por la ley nacional común de la madre y el marido; en defecto de esta, la ley del lugar de residencia habitual de los cónyuges; y si no fuera posible, será la ley personal del niño o niña. Por otra parte, no es posible establecer la filiación por acuerdo.

¹¹⁵ **I. GARCÍA PRESAS**. “*El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil*”, Universidad de A Coruña, pp. 237-265.

¹¹⁶ Competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹¹⁷ **HccH**. “*Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada*”, Documento preliminar N° 3. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3pt.pdf> [Última visita: 30/12/2015 a las 12:00 horas]

En Alemania¹¹⁸, se encuentra regulado en el art. 19 de la Ley de Introducción al Código Civil (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche). Según este, la filiación del niño se rige por la ley donde este tiene la residencia habitual. En relación a cada padre, la filiación también puede ser determinada por la ley nacional de cada uno de ellos. Si la madre está casada, podrá ser determinada por la ley que regula los efectos generales del matrimonio en el momento del nacimiento del niño; si el matrimonio se disolvió, el momento relevante es el de esa disolución.

En Holanda¹¹⁹, la cuestión se encuentra regulado en el art. 10 del Código Civil (Dutch Civil Code). En relación de si se trata de hijos nacidos en el seno de un matrimonio, tenemos que determinar lo siguiente:

1º Ley de la nacionalidad común de los cónyuges.

2º En caso de no tener nacionalidad común, por la ley del lugar de residencia común de los cónyuges.

3º Y si ésta última no lo permitiese, por la ley de la residencia habitual del menor.

En Suecia¹²⁰, la normativa civil establece que la filiación natural se determina según la ley del lugar de residencia habitual del menor. En los casos en los que los progenitores se encuentran casados o lo hubiesen estado la paternidad se determinará según la ley del estado de residencia del menor. Si no pudiese ser determinada por esa ley se seguiría la ley del Estado donde el niño se convierte en ciudadano (sujeto de derecho y obligaciones, ley nacional). Y siempre que el niño tenga domicilio o residencia habitual en Suecia se aplicará la ley Sueca (Section 2 International Paternity Act)

2. FILIACIÓN INTENCIONAL. REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

FILIACIÓN INTENCIONAL. REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Las técnicas de reproducción asistida de la que deriva la filiación intencional ya eran conocidas en los años 80. Cada vez, los estados regulan de manera más detallada

¹¹⁸ HccH. “Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada”, Documento preliminar N° 3. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3de.pdf> [Última visita: 30/12/2015 a las 13:00 horas]

¹¹⁹ HccH. “Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada”, Documento preliminar N° 3. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3nl.pdf> [Última visita: 2/01/2016 a las 20:29 horas]

¹²⁰ HccH. “Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada”, Documento preliminar N° 3. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3se.pdf> [Última visita: 2/01/2016 a las 20:30 horas]

las Técnicas de Reproducción Asistida, aunque sí que sigue habiendo estados donde esta legislación es inexistente.

Los objetivos primordiales de los estados que permiten estas técnicas, es principalmente garantizar el interés del niño, la libertad para tener hijos mediante técnicas de reproducción, etc. Junto a ello, el Estado, tiene una posición de garante ya que tiene que fijar los límites de esa libertad y evitar que la reproducción se convierta en otras instituciones lucrativas como el comercio de niños. Por ello, no hay una clara unificación de normas de DIPr en esta materia, sino que es cada estado el que regula su forma de determinar las Técnicas de Reproducción asistida, matizando que sí que es necesaria una cooperación entre Estados para aquellos supuestos en los que concurre un elemento de extranjería.

Hay una clara diferencia en la regulación de las Técnicas de reproducción asistida entre los diferentes estados. En algunos estados directamente no se permiten sin que haya una imposibilidad de la madre para procrear (causas de infertilidad), en otros estados, la fase de información y asesoramiento adquiere una fase en el procedimiento muy importante determinante para verificar la capacidad de la persona que solicita el tratamiento.

En nuestro país, en materia de filiación no tenemos ningún texto europeo que la regule, ni formamos parte de ningún Convenio Internacional. En materia de filiación natural aplicaremos el art. 9.4 del CC que es el aplicable en materia de filiación.

En España se regulan dos formas de filiación, la filiación por naturaleza y la adoptiva, pero la incorporación de las técnicas de reproducción asistida se empezó a aceptar otro tipo de filiación que se basa en Técnicas de Reproducción asistida, por lo que no están englobadas ni en la filiación natural ni en la filiación adoptiva.

No tenemos en el CC una regulación aplicable, es decir, no contempla en su articulado a la filiación intencional sino que deberemos acudir a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (en adelante LTRHA) la que remite a las normas de determinar la filiación del CC.

Estas técnicas de reproducción asistida se fundamentan básicamente en la inseminación o la fecundación artificial y en la implantación de óvulos previamente fecundados in vitro. Las especialidades que plantean estas técnicas es que da lugar a que pueda existir una diversificación entre la paternidad y la maternidad biológicas sobre las que el derecho de la familia tradicionalmente reposa. En estos casos, no siempre van a coincidir la paternidad y la maternidad biológicas.

En cuanto a la determinación de la filiación mediante estas técnicas, el art. 7.1 de la LTRHA donde se regula “filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida”, se remite a la ley civil para determinarla, por lo que salvo en los casos de los arts. 8,9 y 10 de la LTRHA la filiación se determinará como en la filiación natural, es decir “*la filiación nacida tras el sometimiento de los progenitores a técnicas de reproducción humana asistida es indudablemente filiación natural, porque la manipulación del hijo en sus orígenes en nada debe alterar la clasificación jurídica de la filiación, por ello, el régimen de su determinación debe reconducirse al de la filiación natural*” (BARBER CÁRCAMO, R, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. REDUR 8, diciembre 2010, pág., 27)

A raíz de aprobarse la ley que permitía los matrimonios entre personas del mismo sexo hubo una modificación en el art. 7 de la LTRHA, relativo a la fecundación artificial heteróloga, estas son aquellas que suponen que la usuaria de las técnicas de reproducción asistida se la insemina con el material reproductor de un tercero, que no puede ser más que un donante anónimo. La determinación de la filiación materna no plantearía ninguna duda, pero en matrimonios entre mujeres, la Ley 3/2007 modifica ese

artículo 7 permitiendo que también la cónyuge de la usuaria manifestara ante el encargado del registro civil el domicilio conyugal que consiente la determinación filial como segunda maternidad.

Si vamos más allá, nos encontramos aquellos supuestos en los que una pareja de varones, casados o no, quieren tener hijos. Biológicamente es imposible, por lo que la vía que tienen para poder tener hijos es recurrir a la gestación por sustitución, es decir que una mujer se preste a gestar a sus hijos. Esta cuestión no es de matrimonios varones, sino también se extiende a parejas donde la mujer tiene algún problema de fertilidad.

El desarrollo de la sociedad ha llevado a que cada vez sea más común el hecho de que se celebre un contrato en el que una mujer se compromete a gestar un niño cediendo después todos los derechos sobre ese niño a una o varias personas que van a asumir la maternidad.

Existen dos posturas acerca de la maternidad subrogada, por un lado, aquellos detractores que argumentan que la maternidad forma parte del ser de la mujer cuyo cuerpo no puede comercializarse; por otro lado, los que consideran que la voluntad está por encima de todo principio ético y moral considerando estas técnicas favorables al desarrollo de la sociedad, permitiendo que cualquier persona tenga hijos con independencia de la técnica utilizada para tenerlo.

Existen posturas intermedias en las que cabe un contrato que tenga como base una gestación por sustitución pero siempre y cuando la madre biológica tenga poder de decisión hasta el último momento ya que en algunos casos la madre no toma conciencia de la práctica a la que se está sometiendo. Por tanto, se aboga por un contrato donde la libertad y la información estén en todo momento presentes.

Si hablamos de ley aplicable, en España la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida regulaba en el art. 10 la prohibición de cualquier contrato en el que se convenga una gestación por sustitución. Actualmente, la Ley 14/2006 de 26 de mayo (que deroga a la anterior) LTRHA recoge el mismo precepto diciendo lo siguiente:

“Art. 10. Gestación por sustitución.

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

En nuestro país se ha seguido una misma tesis respecto a las normas anteriores, declarando nulo de pleno derecho cualquier tipo de contrato que tenga como base una gestación por sustitución. En España, queda claro que la filiación materna está determinada por el momento del parto de manera que no cabe la posibilidad de reconocer a una madre que no haya gestado a un hijo y que haya pagado a otra por gestarlo. En cuanto a la filiación paterna tampoco se va a constituir como padre a quien haya pagado por determinar esa filiación, pero si es padre biológico sí que se va a poder reconocer esa filiación impugnando la paternidad.

Ante la prohibición de la gestación por sustitución en España, el problema surge cuando los españoles acuden a otros países donde esta práctica sí está permitida, pero cuando vuelven a nuestro país no es posible la inscripción de los niños nacidos a través de gestación por sustitución en el Registro Civil español.

El Tribunal Supremo, dentro de su jurisprudencia ya se ha pronunciado diciendo que contraviene el orden público español de acuerdo al art. 10.1 de la Ley 14/2006 de la LTRHA que declara nulo de pleno derecho cualquier contrato que tenga como base la gestación por sustitución. Anteriormente si acudíamos al art. 9.4 del CC nos encontrábamos con una norma de conflicto en la que regulaba que la filiación natural se somete a la ley de la nacionalidad de los niños, por lo que aquellos que tenían la nacionalidad española o que pretendían adquirir esa nacionalidad se enfrentaban con la aplicación imperativa del art. 10 LTRHA. Actualmente este artículo se ha modificado con la ley 26/2015 aumentando los puntos de conexión para la determinación de la filiación, acudiendo a la residencia habitual del hijo como primer punto de conexión, especializándose el supuesto de hecho y se hace una norma de conflicto con varios puntos de conexión, pasamos a flexibilizar la norma ya que antes era rígida.

En relación al problema de las inscripciones de niños nacidos en el extranjero derivados de técnicas de gestación por sustitución, en España, surgió un litigio originado en el Registro Civil consular de los Ángeles donde el encargado del registro se negó a inscribir a dos niños con certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de california, que analizaremos en otro punto del trabajo. Aquí nos encontramos con un problema jurídico de fondo al transcribir el acta registral de San Diego al Registro Civil español, el art. 23 de la Ley de Registro civil, establece que las actas registrales extranjeras pueden ser inscritas en el registro siempre que no haya ninguna duda de la legalidad del hecho.

A raíz de este caso, la Dirección General dictó resolución estimando el recurso interpuesto en España ordenando la inscripción de los menores. Posteriormente, el Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando la resolución siendo estimada y dejando sin efecto las inscripciones de nacimiento, lo que conlleva a dejar a los niños en un espacio indeterminado vacío de regulación normativa.

Mientras el conflicto supuso una polémica en nuestro país, la DGRN en 2010 emitió una instrucción en 2010 (que también analizaremos en otro punto del trabajo) en la que vino a decir que era posible que los niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución fueran inscritos en el registro civil, pero siempre que se cumplieran unos requisitos:

- Que hubiera intervenido un órgano judicial
- Que el consentimiento de la madre que gestaba el niño fuera libre
- Que la inscripción tuviera como objetivo principal el interés del menor
- Que se respetaran todos los derechos procesales de las partes y que la resolución judicial fuera definitiva.

A día de hoy, a pesar de que el Tribunal Supremo no está de acuerdo, los niños que nacen en el extranjero a través de esta técnica y cumplen con los parámetros de la resolución de 2010 pueden ser inscritos en el Registro Civil español. Parece que la pareja no enfocó bien su petición, lo que ocurre es que no fueron por la vía del reconocimiento sino que fueron por la vía de la transcripción de un acta registral y la transcripción no implica reconocimiento.

Lo que sí está permitido en España, como vía de solución a este asunto, es impugnar la paternidad biológica de acuerdo al art. 10.3 LTRHA, y de esta manera acreditar la condición de padres respecto de los hijos. Es decir, sería posible la determinación de la filiación de acuerdo a las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, de esta manera, en primer lugar se impugna la paternidad biológica, siempre que se hubiera utilizado el semen del padre, y posteriormente el otro cónyuge o miembro de la pareja debe iniciar los trámites de adopción. En el caso de que no se pueda impugnar la

paternidad a través del art. 10.3 LTRHA tendrán que acudir a la adopción ambos, que se lleva a cabo mediante otro procedimiento totalmente diferente y habrá que aplicar las reglas de adopción correspondientes.

Una vez que la filiación es acreditada conforme a nuestro ordenamiento jurídico los niños podrán obtener la nacionalidad española al ser hijos de españoles lo que conlleva obtener todos los derechos que de ella se derivan. Como ya recoge Vila Coro: *“Sin registro no hay ciudadanía, y sin ciudadanía se les niegan todos los derechos básicos que de ella se derivan. No podrán ser beneficiarios de la cobertura sanitaria de sus padres. No habrá prestaciones de maternidad ni paternidad para ser ciudadanos por sus padres, que tampoco podrán disfrutar de las deducciones en el IRPF ni tener descuentos por familia numerosa. Quedarán sin protección en caso de divorcio y sin derechos hereditarios en caso de quedar huérfanos”*.

A día de hoy, a pesar de la sentencia emitida del Tribunal Supremo y su oposición a la gestación por sustitución, los niños que nacen en el extranjero a través de esta práctica y cumplen los parámetros de la instrucción de la DGRN pueden ser inscritos en el Registro Civil español.

Por otro lado, hay que destacar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en esta materia. En el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos establece el derecho de las personas a tener una vida privada y familiar, en sus pronunciamientos sobre esta cuestión haciendo alusión al criterio del “interés superior de menor” como único criterio a tener en cuenta, este es el criterio que debe primar en aquellas legislaciones donde se impide el acceso al Registro Civil nacional de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero. Pero nuestra jurisprudencia, sigue en su línea de que se trata de un tema que ocupa al legislador nacional.

El TEDH establece que el derecho a la vida privada hay que entenderlo en sentido amplio y por lo tanto quedaría incluida también la filiación. En conclusión, alega que cualquier tribunal europeo firmante del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíba la gestación por sustitución no está adoptando una solución a favor del “interés superior del menor”, sino todo lo contrario, porque está creando una situación de incertidumbre que se proyecta directamente en la identidad de los niños.

Aun así, con la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 la jurisprudencia española sigue en la misma línea, no se puede determinar una filiación que no está contemplada en la legislación española, pero sí que contempla ciertas vías que dejan la puerta abierta a que se determine la filiación derivado de esta técnica, siempre que se utilice el semen del varón, o de uno de ellos en parejas de varones. Esta sentencia será analizada posteriormente en otro punto de este trabajo.

Sí acudimos al derecho comparado, vemos claras diferencias entre los diferentes estados, pasando de posturas absolutamente permisivas, postura que lo admiten pero con limitaciones, y posturas prohibitivas.

Francia es uno de los países donde este tema ha sido muy discutido, opuesto totalmente a la gestación por sustitución. En derecho español, hay una válvula de posibilidad para determinar la filiación impugnando la paternidad y la posterior adopción del otro miembro de la pareja. En Francia, esta posibilidad no se contempla y se declara nulo de pleno derecho cualquier contrato de gestación por sustitución, se elimina totalmente cualquier forma de acreditación de la filiación.

En el caso de Italia, califica la gestación por sustitución como “turismo reproductivo”, en el art. 12 ap.6 de la Ley 40 2004 de su ley de técnicas de reproducción asistida se prohíbe esta técnica de manera contundente. El problema italiano es que su ley deja un vacío jurídico respecto al destino de los contratos y de la determinación de la

paternidad, esta tarea se la deja a la jurisprudencia que se ve con dificultades cuando se le presentan casos relativos a la gestación por sustitución.

En esta misma línea en donde está absolutamente prohibida la gestación por sustitución se encuentran también Austria, Alemania, Hungría o Islandia.

En el continente europeo, solo se admite en Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca pero con la condición de que el contrato no tenga un fin lucrativo, es decir, tiene que realizarse de manera completamente altruista, además se exigen unos requisitos bastante rigurosos para que sea admitido, estos requisitos están relacionados con que la madre tenga problemas de fertilidad y no pueda gestar, de tal manera que la única posibilidad es acudir a otra madre.

El sistema de Reino Unido, protege más a la gestante puesto que conserva la regla “*mater Semper certa est*” y se concede un plazo razonable desde que se produce el parto hasta que se transfieran los derechos a los padres comitentes, para que la madre gestante puede replantearse su idea.

Otro país que adoptando una postura moderada como Reino Unido, aunque tiene una regulación diferenciada es Grecia, puesto que la gestación por sustitución solo se permite después de una resolución judicial. Se trata de lo que se conoce como un “proceso de pre-aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución.

Fuera ya de Europa, en el plano internacional, la gestación por sustitución se está convirtiendo en una práctica común, donde incluso cabe la posibilidad de celebrar contratos con fines comerciales. Esta práctica es regulada con mayor frecuencia por los ordenamientos jurídicos de los distintos estados. Todo esto conlleva a dar un paso más en el derecho a la intimidad familiar, a que cada persona pueda tener hijos independientemente de la técnica reproductiva utilizada.

Estados Unidos es el país pionero en las técnicas de gestación por sustitución, aunque bien es cierto que en ciertos estados todavía está prohibido. Como se trata de un estado descentralizado, tendremos que acudir a la legislación de cada estado para determinar cómo se regula la gestación por sustitución en cada caso.

El más destacable es California, es el máximo garante de esta institución, en este país existen agencias especializadas que intervienen como mediadores, y clínicas especializadas que se encargan de todo el procedimiento. En California directamente se atribuye la paternidad legal a los padres sin necesidad de tener vinculación genética con alguno de ellos, además no se tiene en cuenta el estado civil de la pareja o su identidad sexual.

En cambio, sí que hay otros estados americanos en los que esta práctica está más restringida, limitándose a casos donde se cumplan una serie de requisitos como podría ser el caso de Washington que tiene un sistema parecido al de Grecia y Reino Unido, solamente permitiéndolo en casos con fines altruistas.

En la India, la gestación por sustitución también está permitida, si la comparamos con California donde las prácticas de gestación por sustitución son altamente costosas, en la India tiene un bajo coste y se ha convertido en una práctica muy habitual. El Gobierno indio desde el año 2005 sí que establece una normativa básica respecto de esta práctica desde el punto de vista médico. En este país, el contrato de gestación por sustitución es totalmente válido de acuerdo a su ley aplicable, esto conlleva a que la mujer tiene que renunciar a toda vinculación con el niño tras el nacimiento, de esta manera, una vez que el niño ha nacido todos los derechos sobre el mismo a los padres que quieren al niño.¹²¹

¹²¹ JIMENEZ MUÑOZ, F.J: “denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la sts 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (rj 2014, 736)”. Revista Boliviana de Derecho ISSN-e 2070-8157, N°. 18, 2014, págs. 400-419.

III. PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. ANÁLISIS DE LA RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

Versa sobre la solicitud presentada por parte de dos ciudadanos españoles del mismo sexo (varones) en el registro civil consular de Los Ángeles (EEUU) de inscripción del nacimiento de sus hijos (nacidos en EEUU) mediante gestión de sustitución, que como ya sabemos está prohibida en España. Y por esa misma razón, el encargado del registro civil consular mediante auto deniega la solicitud versándose en el artículo 10.1 de la ley 14/2006 de 26 mayo, el cual dice “siendo esta gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un tercero que la contrata”. Según el articulado, la filiación acaecerá sobre la mujer que da a luz y será la madre legal del niño.

Una vez negado la solicitud, los interesados interponen recurso ante DGRN solicitando la inscripción en el registro civil español.

Los fundamentos encontrados para la resolución son los siguientes:

- La inscripción en el registro civil español del nacimiento de sujeto español en el extranjero puede tener lugar a través de dos mecanismos:
 - Declaración del sujeto: en este caso se realiza un control de legalidad aplicando ciertas normas jurídicas concretando la legislación, ya sea extranjera o española. El encargado debe aplicar las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio
 - Presentación de la certificación registral extranjera: se valorará a través de normas específicas y en concreto un mecanismo técnico específico contemplado en el artículo 81 del reglamento del RC. Por tanto hablamos de contemplar la validez de una decisión adoptada por las autoridades extranjeras en España.

DURÁN AYAGO, A.: “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”. Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado, ISSN-e 2444-3220. Nº 2 2015

LAMN, E: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su Impacto”. Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad. Vol. 2, 43-50 Diciembre 2014 ISSN-e: 2340-5155

CALVO CARAVACA, A.L; CARRASCOSA GONZALEZ, J: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009”. Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, Vol. 1, Nº. 2, 2009, págs.294-319.

BATALLER RUIZ, E: “Reconocimiento en España de la filiación por Gestación de sustitución”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 777-789

LAMM, E: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. Indret, Revista para el Análisis del derecho.

CORN, E: “La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga”. Revista bioética y derecho ISSN: 1886-5887

BARBER CÁRCAMO, R: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. Redur 8, diciembre 2010, págs., págs. 25-37. ISSN 1695-078X

- El legislador no exige que la solución que se da mediante la certificación registral extranjera sea idéntica ni igual a la española sino simplemente que deben aprobar un control de legalidad, es decir, comprobar unos ciertos requisitos comunes. Porque si lo resolvieran de la misma manera:
 - entonces no tendría sentido que cada estado dispusiese de sus propias normas y por tanto no se aplicaría el principio de exclusividad del derecho internacional privado.
 - Supondría un perjuicio en lo que respecta a la seguridad jurídica, puesto que las posiciones jurídicas de las personas cambiarían de un estado a otro y esto rompería la cooperación y armonización del sistema jurídico internacional. Además la solución a la que la jurisdicción internacional quiere llegar es segura, estable y continua, de manera que las sentencias claudicantes desaparezcan y la tutela judicial efectiva se lleva a cabo de manera sencilla.
 - El hecho de producirse este tipo de situaciones, implicaría que se doblegaran los procedimientos y que la economía procesal deviniese el doble de cara.
- El documento acreditativo de la certificación extranjera para la inscripción en el registro civil español debe pasar unas pruebas de control de legalidad dando fe el documento público, y para ello debe contener los siguientes requisitos:
 - Debe ser un documento PÚBLICO, es decir debe estar autorizado por una autoridad extranjera y según el artículo 323.2º LEC, este será público cuando siga los requisitos del país donde se haya otorgado para ser considerado como tal, acompañándose siempre de la legalización correspondiente o apostilla. Si bien es cierto que los documentos que vengan directamente por el encargado del registro via oficial o diligencia, no le es necesario las exigencias anteriores. Deben contener una traducción eso si.
 - La autoridad registral extranjera desempeña funciones equivalentes a las de las autoridades españolas (artículo 85 del reglamento del RC). El registro californiano interviene en la constatación tanto del nacimiento como de la filiación mediante un control de ajuste de los hechos y de la ley aplicable.
 - El control de legalidad que deben pasar las certificaciones extranjeras es tal, que si no son válidos no podrán acceder como documentos en el RC y para ello deben tener ciertas exigencias y por ende tener fuerza en España y poder reconocerse.
- La certificación extranjera, concretamente en este caso la californiana no puede vulnerar el orden público internacional, no lesionando los principios fundamentales jurídicos del derecho español de tal manera que garantice la armonización, conexión y cohesión global de los ordenamientos jurídicos. Esto hará que no se dañen los intereses generales y perjudique la estructura jurídica del ordenamiento español

- No se vulnera el orden público a la hora de la inscripción en el RC de la certificación extranjera porque en el ordenamiento jurídico español se admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción pues no se distingue entre hijos adoptivos y naturales, basándose en el artículo 14 CE.
- Si se permite la inscripción en el registro de la filiación de hijos a favor de dos mujeres, con más razón se permitirá a favor de dos hombres porque si no estaríamos vulnerando el principio de igualdad y estaríamos ante una discriminación por parte del ordenamiento jurídico español.
- Además, siempre que se trate de menores, el interés superior del menor está por encima de todo, y esto quiere decir, que en el caso de que fuese rechazada la inscripción de la certificación, los hijos podrían quedar privados de la filiación inscrita en el RC. Y esto estaría vulnerando el artículo 3 de la convención sobre los derechos del niño de Nueva York. Por lo que los Estados partes deben comprometerse a proteger al menor y a tomar todas las medidas necesarias para su cuidado y seguridad jurídica.
- Los hijos tienen derecho a una identidad única, o sea la filiación será la misma para varios estados y no siendo posible que esta varíe de un estado a otro nada más cruzar la frontera pues supondría vulnerar los derechos fundamentales de los menores.
- En derecho español, la filiación natural no se determina por el hecho de la vinculación genética únicamente entre los sujetos implicados, porque si no, no se podría realizar a favor de dos mujeres la filiación.
- No se lleva a cabo un fraude de ley intentando con la solicitud de la certificación extranjera la inscripción en el registro civil de esta filiación y nacimiento puesto que los interesados no han intentado evitar ninguna norma imperativa y es que encima no han utilizado normas de conflictos. Además tampoco se ha incurrido en el Forum Shopping fraudulento, puesto que la certificación californiana no es una sentencia judicial que cause estado de cosa juzgada.
- Como ya he comentado antes, los casos de contratos de gestación por sustitución en España están prohibidos. Sin embargo es cierto que en este caso no se habla de determinar la filiación de los nacidos en California sino de precisar que una filiación ya determinada en la certificación extranjera puede acceder o no al registro civil español. Además en dicho documento no consta en ningún momento que el nacimiento de los menores haya sido a través de la gestación por sustitución.
- De todos modos, estos menores nacidos en California tienen nacionalidad española por el articulado nº 17.1 a) CC el cual dice que son españoles de origen los nacidos de español o española. Es decir en este caso los varones son españoles y por ello, los hijos tendrán nacionalidad española aunque hayan nacido en un 3º estado. En el precepto dice que es

suficiente el hecho físico de la generación sin que haya quedado determinada legalmente la filiación.

Este tipo de fecundación asistida llamada gestación por sustitución es practicada en varios estados de manera legal. El problema sustancial aparece a la hora de reconocer las consecuencias de las resoluciones registrales del extranjero en el país pertinente (donde no es legal este tipo de fecundación asistida) provocando muchos inconvenientes para los interesados, además de no erradicar el “consumo” o sistema de la técnica de gestación por sustitución.

Se intenta por parte del tribunal supremo llegar a un equilibrio que satisfaga a cada una de las partes involucradas en el litigio en las resoluciones planteadas ante él.

Cuando mediante la resolución DGRN se pone de manifiesto la posible vulneración al orden público debido a la inscripción de la certificación extranjera en España me parece exagerado. Creo que al fin y al cabo el hecho de regular esta materia no está tanto en la importancia del aporte genético solamente, sino en la voluntad de quien quiere ser o desea ser padre/ madre y por ciertas circunstancias no pueden.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

En este caso, el juzgado de primera instancia número 15 de Valencia estima la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución del DGRN vista con anterioridad, en la cual se ordenaba la inscripción en el registro civil consular como hijos de un matrimonio formado por dos varones españoles (desde octubre de 2005), los nacidos en EEUU, concretamente en Los Ángeles mediante la técnica de reproducción: gestación por sustitución, prohibida en España y legalizada en EEUU. En la inscripción se recoge desde los certificados de nacimientos en los que constan a Luis y Frenando como padres de los nacidos, así como los DNI y una serie de documentos acreditativos del acontecimiento y relevantes para la admisión.

Con fecha 10 noviembre de 2008, el canciller del registro consular dicta un auto denegando la inscripción del nacimiento mediante gestación por sustitución y considerando que la madre legal del niño será la gestante en todo momento.

El matrimonio no estando conforme con el auto interpone recurso, que es estimado por la DGRN dictando orden de inscripción de los menores. Sin embargo es nuevamente impugnada la inscripción (esta vez por el Ministerio Fiscal). Ante esto, la DGNR alega los dos tipos de vías para la inscripción en el RC:

- la vía declarativa: el médico comprobara y dará fe del parto o dos personas que tengan conocimiento de él.

- la vía mediante presentación de una certificación registral extranjera que se gestiona mediante mecanismo técnico específico. Se entiende que en este caso se hará un control de legalidad en el que se comprueba la legalidad tanto del documento público autorizado como la autoridad extranjera pertinente.

La aplicación de este procedimiento implica que no puedan llevarse a cabo la fundamentación en artículos como el 9.4 CC en las que nos dice que será nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, ya sea con precio o sin él y que además la filiación de los hijos nacidos por ella se determinará por el parto, o sea la gestante será la madre.

La DGRN da por sentado:

- Que se cumplen todos los requisitos de legalidad y que no vulneran ni la estructura básica ni fundamental de la sociedad española y que además el cometido del encargado no es determinar la filiación sino sólo acceder al registro.
- El documento público autorizado que debe presentarse por una autoridad extranjera debe tener funciones equivalentes a la de los registros españoles.
- La certificación extendida por un registro extranjero debe ser comprobada por el encargado y por ende verificar la realidad del hecho inscrito. O sea examinar si la inscripción es real y legal de modo que en este contexto será donde se examine la parte de la vulneración al orden público respecto a la inaplicación o no de la ley 14/2006.
- En otras resoluciones de la DGRN se dice que para que se pueda inscribir en el registro civil español un nacimiento producido en el extranjero es necesario que afecte a un ciudadano español y que no haya duda de la regulación, legalidad y autenticidad del hecho inscrito.
- En el recurso interpuesto por el MF, la certificación nada contempla sobre la vía de generación de los bebés. Y se menciona lo siguiente:
 - El artículo 19 establece que la nulidad del contrato de gestación por sustitución no lleva aparejado una sanción administrativa y que la filiación de ese bebé será según la ley de la madre.
 - Los hijos naturales no pueden tener dos padres varones y la no inscripción de ello sería de carácter discriminatorio. Aquí el hecho relevante sería la forma de alumbramiento y no tanto el hecho de que los solicitantes de la inscripción sean los dos varones.
 - El fin no justifica los medios según el MF, puesto que el hecho a tener en cuenta sería el interés superior del menor, esto no hace que se vea vulnerado normas jurídicas por llevar a cabo la protección de los

menores y este resultado debería conseguirse a través de las vías que el derecho español establece.

- Los padres varones acuden a California por la razón de que conocen que allí está permitido a gestación por sustitución y la consiguiente inscripción en su registro como hijos naturales, pero ello no implica el fórum shopping fraudulento.

El demandante, o sea el Ministerio Fiscal demanda a la DGRN y mediante esta sentencia consigue dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el registro civil consular de Los Ángeles de los menores Luis y Fernando.

A partir de aquí, se podrá realizar impugnación a través de un recurso de APELACION ante la audiencia provincial de valencia en el plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación.

Impugnada la RDGRN de 18 de febrero de 2009 por el Ministerio Fiscal, La SJPI núm. 15 de Valencia de septiembre de 2010 estima la demanda formulada contra aquella RDGRN y considera que el Juez encargado del Registro Civil debe, según el artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado expedido en el Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español. Como ya hemos visto y sabiendo que la gestación por sustitución en nuestro país es nula según el artículo 10, el tribunal niega la inscripción de los niños y estima que la filiación debe determinarse aplicando ese artículo. Como consecuencia de ello será la gestadora la madre natural y el varón que ha aportado el material genético podría reconocer su filiación biológica.

Franco Antonio Zenna dice lo siguiente respecto al análisis de la sentencia contemplada:

¹²²“Según lo que afirma la DGRN mediante su nueva Instrucción, la exigencia de la resolución judicial es esencial al fin de tutelar el interés superior del menor y de las madres que se prestan a dicha técnica. Precisamente los intereses que quería tutelar la DGRN son evitar el tráfico internacional de menores, el derecho del menor a conocer su origen biológico, y que la voluntad de la mujer gestante sea libre. Si bien es cierto que tras la última sentencia del Tribunal Supremo, esta Instrucción ha perdido fuerza vinculante y empieza a no ser aplicada, de forma cautelar, en distintos consulados españoles. De todas formas, la Instrucción ha originado, a su tiempo, críticas de parte de muchos estudiosos de derecho. En este sentido, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González afirman que: "La Instrucción se escuda en la exigencia de una resolución judicial extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Y dicha exigencia es ilegal, porque no se deriva ni de la Ley del Registro Civil ni de su Reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la Instrucción carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa (art.2 CC)

¹²² La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014

Pero es evidente que. la Instrucción creaba una discriminación entre los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en países en los que se determina la filiación mediante resolución judicial y aquellos (la mayoría) en los que la filiación consta en un certificado de nacimiento”

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

Dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, en la que se estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de Febrero de 2009, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento de los menores Ángel Daniel y Arturo, realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles como hijos de Porfirio y Segismundo, se interpuso recurso de apelación contra la misma.

Los demandados (Porfirio y Segismundo), casados entre sí desde el 30 de Octubre de 2005, lograron la inscripción de los menores en el Registro Civil a través de la presentación de unos certificados expedidos por el Condado de San Diego.

Ambos menores nacieron como consecuencia de la llamada gestación por sustitución. No obstante, la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida establece en su artículo décimo la nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos de gestación por sustitución.

Para la comprobación de la posibilidad de inscribir a los menores en el Registro Civil español, el artículo 23 de la Ley del Registro Civil establece, básicamente, que el hecho inscrito debe ser real y legal conforme a la ley española. Es necesario, por tanto, que para que el hecho pueda llegar a inscribirse en el Registro Civil español, es necesario que se someta a un control de legalidad.

La parte recurrente alude también al llamado “método de reconocimiento de las decisiones extranjeras”, que implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas y susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español. Sin embargo, este método también presenta obstáculos para la inscripción en el registro civil español, al entenderse que la certificación extranjera es contraria al orden público internacional. Este tipo de inscripción iría en contra del principio de que la persona humana no puede ser objeto de comercio de los hombres, afectando al principio de la dignidad de la persona.

Son estos los argumentos que han hecho que la DGRN haya dictado una instrucción de 7 de Octubre de 2010, posibilitando la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de estas técnicas presentando una resolución judicial que acredite esa filiación. En este concreto caso no se ha presentado tal resolución judicial, ni la identidad de la gestante, lo cual supone un impedimento para la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Los demandados alegan también que la sentencia recurrida es contraria al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, al permitirse esta inscripción por parte de dos mujeres, pero no por parte de dos hombres. No puede entenderse que se trata de forma desigual lo que realmente es desigual, ya que dos mujeres no necesitan acudir a otra para encomendar la gestación.

Independientemente de que toda resolución sobre menores deba ajustarse al principio de interés superior del menor, la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley.

Por todas estas razones, se procede a desestimar el recurso de alzada.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014 Y DE SU AUTO DE 5 DE FEBRERO DE 2015

La sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 tiene su origen en un litigio que versa sobre los siguientes supuestos de hecho:

Una pareja de dos varones casados entre sí decide celebrar un contrato de gestación por sustitución en California donde, una vez nacido los dos niños, según la legislación californiana se otorgó certificado de nacimiento expedido por la autoridad registral de California. En ese certificado de nacimiento ambos padres constaban con tales de los niños nacidos.

Cuando ambos padres acuden al Registro Civil consular español de los Ángeles, el encargado del Registro Civil denegó la inscripción solicitada ya que de acuerdo a la legislación española, en el art. 10 de la LTRHA (14/2006) se declaran nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución.

Ambos padres pusieron recurso a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), en el que impugnan la revocación de esa decisión y la consiguiente inscripción de ambos niños en el Registro Civil español constando su filiación determinada ya por el registro californiano.

La DGRN dictó resolución estimando el recurso con la consiguiente inscripción de los niños en el Registro Civil español tal y como constaba en el certificado extranjero presentado por sus padres, constando como tales en tal certificado. La DGRN consideró que no se vulneraba en ningún momento el orden público español primando en todo momento el interés del menor.

A consecuencia de este litigio, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución de la DGRN ya que era contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en concreto al art. 10 de la LTRHA. El Ministerio Fiscal argumentó que de acuerdo a la legislación española la filiación se determina por el momento del parto (art.10.2) por lo que la filiación materna no puede ser otra que la madre biológica. La demanda fue estimada, y como consecuencia la inscripción se canceló dejando a ambos niños en una situación de incertidumbre jurídica.

Los interesados al recurrir en apelación defendieron que se había vulnerado el derecho de igualdad regulado en el art. 14 de la Constitución Española (1978), pero fue desestimada por la Audiencia Provincial, posteriormente, pusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, también desestimándolo.

El tema de la gestación por sustitución es un tema muy controvertido donde hay una pluralidad de opiniones, tanto favorables como desfavorables. Por ello, a partir de esta sentencia el Tribunal Supremo crea doctrina, pero no se pronuncia sobre la inscripción de los niños en el Registro Civil español, sino que la cuestión se basa en el tratamiento que hay que dar, de acuerdo a la normativa española, a los certificados expedidos en el extranjero que determinan la filiación en consecuencia a un contrato de gestación por sustitución.

Si acudimos a la Ley del Registro Civil, en su artículo 23 establece lo siguiente: *“También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.”* De acuerdo a este precepto, parece obligación de los secretarios del registro comprobar que la inscripción no va a ser contraria al orden público español que se refiere sobre todo a los Derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, así como los valores recogidos en todos los Convenios Internacionales de los que España forma parte.

Por ello, según el Tribunal Supremo no admite el acceso al registro de los niños nacidos a través de contratos de gestación por sustitución. El Tribunal no admite esta práctica por considerarla contraria a la dignidad de la mujer subrogada y del niño, sobre todo la negativa a que la filiación pueda ser objeto de comercio.

En la sentencia, el Tribunal no admite el concepto del “interés superior del menor” como un medio para admitir la gestación por sustitución ya que es contraria a la ley y por lo tanto el juez, que está sometido a esa ley, no puede realizar una función que no le compete, por lo tanto, la concreción de ese interés del menor deberá hacerse en virtud de los principios que rigen el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso y por lo tanto, deniega el reconocimiento del certificado expedido en el extranjero determinando que no es posible la inscripción en el Registro las actas de nacimiento de ambos niños. Pero hay que concretar que se acuerda la anulación de la determinación de la filiación de los menores hasta que no se determine la filiación paterna y posterior adopción de la otra parte de la pareja, una vez que se haya determinado, los niños obtendrán la nacionalidad de sus padres y podrán gozar de todos los derechos que se les reconocen de acuerdo al ordenamiento jurídico español.

En esta sentencia hay que resaltar que existe un voto particular que formula el Magistrado D. Jose Antonio Seijas Quintana y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferráiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

En este voto particular se cuestiona que el documento presentado en el registro cumplía con los requisitos, en cuanto a forma, del ordenamiento español, y como consecuencia no resultaría aplicable el art. 10 la LTRHA puesto que no se discute la filiación, que ya estaría determinada por el estado californiano, sino que estaríamos ante el “*reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa*”. Por tanto, se concluye diciendo que es tarea del legislador garantizar los derechos de todas las partes, pero con una utilización cuidadosa del concepto de orden público ya que en este caso conduce a un espacio jurídico indeterminado, concluyendo “*no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño*”.

Consecuentemente la sentencia del Tribunal Supremo tuvo numerosas críticas, unos meses después se presentó incidente de nulidad de actuaciones ya que el TEDH dictó dos sentencias en los asuntos Menneson y Labasse también relativos a esta materia y que analizaremos en otro punto de este trabajo. El tribunal dictó un auto el 2 de febrero de 2015 desestimando el incidente.

En este auto el Tribunal viene a decir que la interpretación que se hace en esa sentencia sobre la gestación por sustitución en España no vulnera derechos fundamentales, en concreto tres: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); derecho a la no discriminación ni de los menores ni de los padres por razón de su sexualidad (arts. 14 y 39 CE); tampoco se vulnera el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE).

Lo que pretenden los interesados es que se aplique la misma solución que ha dado el TEDH en los casos franceses y extrapolarlo al caso español. Pero el Tribunal considera que no es posible hacerlo puesto que la legislación española y la francesa no legislan igual en esta materia.

En el caso francés, se declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y como consecuencia no hay forma de determinar la filiación de los padres por lo que los niños pierden cualquier posibilidad de tener una identidad, una nacionalidad, por ello según el TEDH se vulnera el art. 8 del Convenio respecto a la vida privada de los menores.

En el caso español era completamente diferente, en España sí es posible determinar la filiación paterna en el caso de que uno de los padres fuera el biológico, así, la otra pareja podría tramitar la adopción de los niños. Por lo tanto el interés del menor no queda dañado en cuanto a que la filiación va a ser posible y el niño va a poder adquirir una nacionalidad concreta acorde a su padre biológico y consecuentemente adoptivo. En conclusión, el Tribunal supremo concluye diciendo que no se han vulnerado derechos fundamentales siguiendo en la misma línea de no registrar a los niños derivados de técnicas de gestación por sustitución.

En este auto, también se cuenta con un voto particular discrepante de los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel; José Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. Coinciden en que la utilización del incidente de nulidad es la herramienta más adecuada para entrar a valorar si se han vulnerado derechos fundamentales pero discrepan en lo demás.

Se parte de la idea de que estamos ante la prohibición de la gestación por sustitución pero lo que importa es que el niño no se vea perjudicado por el hecho de nacer en virtud de un contrato. En relación a ello, alegan que no se ha dado una solución jurídica correcta ya que además de un concepto de interés del menor que puede ser cuestionable, se ha creado una incertidumbre al no dar una respuesta clara a la inscripción de esos niños.

En conclusión, no se ha avanzado nada en este tema incluso los intentos por regular esta cuestión son vagos y difusos por lo que se hace necesario, en el caso español, realizar una nueva reforma legislativa que aclare esta sentencia, o bien, adecuarse a la sociedad actual, cada vez más tendente a aceptar técnicas de gestación por sustitución.¹²³

5. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, CASOS MENNESSON, LABASSEY Y PARADISO

Sentencias Mennesson y Labassee

Son dos sentencias de la misma fecha, con fundamentos jurídicos prácticamente idénticos y con una resolución en el mismo sentido, la cual es relevante al sentar un precedente en el tratamiento que deben hacer los estados sobre este tema. Ambas sentencias condenan al Estado Francés por impedir la inscripción en el Registro Civil de estos niños nacidos por gestación por sustitución.

¹²³ **BIBLIOGRAFÍA**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014
- Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015
- www.poderjudicial.es
- **DURÁN AYAGO, A.:** *“Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”*. Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado, ISSN-e 2444-3220. N° 2 2015
- **JIMENEZ MUÑOZ, F.J:** *“denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la sts 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (rj 2014, 736)”*. Revista Boliviana de Derecho ISSN-e 2070-8157, N°. 18, 2014, págs. 400-419.

En ambos casos se trata de dos matrimonios franceses con problemas de fertilidad que deciden viajar a Estados Unidos. El matrimonio Mennesson viaja California y el matrimonio Labassee viaja al estado de Minnesota.

En estos estados de EE.UU. tiene lugar la gestación subrogada en la que en ambos casos se insemina con gametos del padre intencional, mientras que los óvulos son aportados por una donante anónima.

Fruto de estos embarazos nacen en el año 2000 dos niños gemelos hijos del matrimonio Mennesson y en el año 2001 una niña hija del matrimonio Labassee. En ambos casos se constituye la filiación legalmente a favor de los padres intencionales en los estados de California y Minnesota, respectivamente, con lo que en Estados Unidos, a estos hijos nacidos de “vientres de alquiler” se les otorga la filiación a favor de los padres intencionales, puesto que en ambos casos, la madre natural renuncia a los recién nacidos.

El problema surge en ambos casos cuando los matrimonios regresan a Francia donde se les impide transcribir el nacimiento de estos hijos en el Registro Civil francés. La denegación se fundamentaba en que se consideró que dicha inscripción atentaba contra el orden público internacional francés, concretamente contra el artículo 16-9 del Código Civil francés. Además, los tribunales franceses consideraron estar ante un acto de fraude de ley que intenta evitar la ley francesa en cuanto a la realización del acto, pero no en cuanto a sus efectos, lo que impide que pueda reconocerse dicha situación por no ser conforme a derecho.

Después de varios años de pleitos y apelaciones ante los tribunales franceses, finalmente la Corte de Casación casa las sentencias dictadas por los tribunales en las que no se permite dicha inscripción. Ante esta situación, ambas familias deciden acudir al TEDH.

El TEDH, en ambas sentencias, considera no válida la apelación al orden público internacional pues este concepto no tiene en cuenta el interés superior del menor. Impedir que se establezca la filiación de estos menores en el Registro Civil atenta contra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual establece el derecho de los niños a que se respete su vida privada y familiar. Así, existe una relación directa entre la vida privada y familiar y la determinación de la filiación de estos niños. Por tanto, la negativa a inscribir a estos niños atentaría contra este artículo 8 CEDH.

Además, hay que tener en cuenta otras cuestiones que se ponen de manifiesto. Por un lado, que ambos padres intencionales son a la vez padres biológicos de los menores con lo que la negación de la filiación a favor de esos padres no solo supondría la negación de la filiación de unos hijos nacidos fruto de la gestación por sustitución, sino que además se estaría privando de la filiación derivada de la relación biológica, un aspecto en el que el estado francés se estaría extralimitando ya que estaría privando a los padres biológicos de la determinación de la filiación a su favor, el cual sería un aspecto distinto del de la gestación subrogada.

Por otro lado, apunta el Tribunal que ambas familias habían llevado hasta el momento una vida familiar “normal” y no muy diferente a la que desarrollan otras

familias francesas aun cuando esos niños no fueran hijos suyos ante el derecho francés. Por este motivo y a pesar de las consecuencias que tiene la no filiación de esos hijos ante el derecho francés, no considera que se haya vulnerado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres, puesto que no se han visto privados de ese derecho a la vida privada y familiar a pesar de los posibles obstáculos con los que se hayan encontrado derivados de esa gestación por sustitución.

No obstante, y como aspecto esencial, el TEDH considera que existe una situación de incertidumbre jurídica para esos niños ya que estos no tienen derecho a adquirir la nacionalidad francesa, ni tampoco tienen derecho a todo aquello que deriva de la filiación con respecto a los padres y que por ejemplo tiene que ver con los derechos sucesorios. Todo ello afecta a la identidad de esos niños como tales y al respeto a su vida privada y familiar al que tienen derecho. En último término, esto significaría no tener en cuenta el supremo interés del menor, el cual es valor esencial y cuyas decisiones jurisdiccionales de los tribunales franceses no han respetado.

En todo este asunto, el TEDH hace una importante puntualización con respecto a la autonomía que tienen los estados europeos para fijar sus propias leyes en ámbitos de reproducción asistida. En este sentido, se dice que cualquier país europeo puede establecer las leyes que considere oportunas para regular la maternidad subrogada. De hecho la mayor parte de los estados europeos, incluido España, han optado hasta el momento por una legislación que prohíbe la gestación por sustitución y por una situación de ignorancia ante las peticiones de reconocimiento de la misma. Así, esta posibilidad de legislar en el sentido que cada estado considere más adecuado es indiscutible. Pero esto no debe afectar en ningún modo al interés superior del menor. Precisamente en este caso, esto es lo que sucede, que la legislación prohibitiva del estado francés sobre este aspecto atenta contra el interés del menor.

Por tanto, la manera de conjugar ambos aspectos es permitir que ciertos efectos de esta figura sean aceptados por la legislación francesa, de tal manera que aunque este fenómeno siga estando prohibido, se permita la filiación de esos hijos puesto que de otra manera se afectaría el interés superior del menor.

Por lo tanto, podríamos decir que nos encontramos ante una teoría que opta por atenuar el concepto de orden público internacional de tal manera que aunque se siga prohibiendo el contrato de gestación por sustitución, si se puedan reconocer sus efectos en relación a la filiación.

En consecuencia de todo ello, estas dos sentencias confirman la tendencia de la doctrina más moderna a reconocer el estatuto jurídico de los niños nacidos por maternidad subrogada, lo que supone en todo caso el reconocimiento de los efectos de estos contratos llevados a cabo en el extranjero en cuanto al ámbito de la nacionalidad y la filiación así como a los derechos que se deriven de la misma. Pero además, se deja la puerta abierta a una posible legalización de este tipo de contratos debido a los cambios constantes que sufre la sociedad y por los que cada vez más se demanda la filiación de los hijos nacidos de vientres de alquiler en la mayoría de países europeos.

Sentencia Paradiso

En este litigio el TEDH se pronuncia en aspectos similares a los de las dos sentencias anteriores, sin embargo existen notas claramente diferenciadas.

En cuanto a los hechos, tenemos a un matrimonio italiano, residente en Italia que, ante varios intentos de fecundación in vitro, sin éxito, deciden acudir a una clínica especializada en técnicas de reproducción asistida con sede en Moscú con la que firman un contrato de vientre de alquiler en el año 2010. Por este contrato se implantan dos embriones en el útero de la madre portadora, embriones que en principio pertenecían al marido y a un donante anónimo, por tanto, no existía ningún vínculo genético entre la madre portadora y el embrión.

Una vez que el bebé nace en febrero del año 2011, la madre da su consentimiento expreso por escrito de que el bebé nacido fuera registrado como hijo del matrimonio Paradiso y Campanelli.

El matrimonio solicitó el certificado de nacimiento ante las autoridades rusas y en él aparecían ellos como padres, sin ninguna mención a la gestación subrogada. Dicho certificado de nacimiento fue debidamente apostillado.

El problema surge cuando el matrimonio solicita la inscripción del niño en el registro. El consulado de Italia en Moscú comunica al correspondiente tribunal de menores que el certificado de nacimiento contenía datos falsos y consiguientemente, el matrimonio fue imputado por “alteración del estado civil”, falsedad y por violación de la ley de adopción.

El ministerio fiscal del tribunal de menores solicita la apertura de un procedimiento de adopción al considerar que el niño debía considerarse en abandono, según la ley. El mismo tribunal ordena una prueba de ADN entre el padre y el niño en la que el resultado fue negativo, con lo que no existía una vinculación genética entre ellos.

Por ello la oficina del registro civil rechazó la inscripción del certificado de nacimiento y de la consecuente filiación y la fiscalía solicitó que se expidiera un nuevo certificado de nacimiento del niño con una nueva identidad.

El tribunal de menores decide retirar la custodia del menor a los padres, siendo esta una medida de ejecución inmediata. Dicha medida se argumentó en que este no era un caso de maternidad subrogada puesto que no había relación genética del niño con ninguno de los padres y, puesto que los padres biológicos eran desconocidos, el niño se encontraba en situación de abandono legal.

El niño fue llevado a una casa de acogida y se prohibió cualquier tipo de contacto del matrimonio con el menor.

El matrimonio recurrió esta decisión ante los tribunales pero no se admitió, entre otros aspectos, porque el matrimonio estaba imputado por la posible comisión de los delitos antes mencionados. Con todo ello el niño fue dado a una familia de acogida en enero del año 2013.

De acuerdo con la legislación rusa, el acta de nacimiento se declaró falsa puesto que para que hubiera gestación subrogada al menos uno de los padres tenía que tener vínculo genético con el niño. Así, se rechazó la transcripción del certificado de nacimiento puesto que este en origen era falso y se admitió la solicitud del ministerio fiscal de establecer un nuevo acta de nacimiento en el que el niño sería hijo de padres desconocidos.

Ante esta situación, el TEDH considera valorar la cuestión únicamente al tenor del artículo 8 CEDH que recoge el derecho a la vida privada y familiar.

En este sentido, dice el TEDH que, a pesar de que no existió una relación legal de parentesco entre los padres y el niño, sí que existió una relación de facto, a través de la cual se crearon vínculos familiares muy estrechos a pesar del corto periodo durante el que el bebé permaneció con el matrimonio (apenas seis meses). Por tanto, al considerar que existía una vida familiar sería de aplicación el artículo 8 CEDH.

No obstante, puntualiza el tribunal que una relación familiar no tiene por qué estar fundada en vínculos biológicos, porque en este caso no lo está al haberse demostrado que el padre no es el progenitor biológico, y sin embargo, esta relación familiar creada también se protege.

El tribunal viene a considerar que la medida adoptada por los poderes públicos italianos de retirar al menor del lado de los que hasta el momento parecían sus padres, supone una vulneración del artículo 8, es decir, una vulneración del derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, esto será considerado así salvo que dicha medida tenga “un objetivo legítimo” y sea “necesaria en una sociedad democrática”. Así, el concepto de necesidad se tiene que valorar teniendo en cuenta la proporcionalidad de las medidas que en este asunto se consideraran como tal siempre que las autoridades italianas tuvieran en cuenta el superior interés del menor.

Otro aspecto destacable es la referencia al orden público, el cual, dice el tribunal que “no puede ser una carta blanca para cualquier medida”. Esto significa que ha de tenerse siempre en cuenta el supremo interés del menor, de manera que éste interés debe ser tomado en cuenta a la hora de atenuar el concepto de orden público internacional.

Por tanto, el interés superior del menor es un factor determinante a tener en cuenta en la adopción de las medidas y por tanto, estas medidas deben ser proporcionadas, equitativas y adecuadas a las circunstancias. Teniendo en cuenta este interés superior del menor, solo por circunstancias muy excepcionales se podrían adoptar dichas medidas en las que se produce una ruptura de la relación familiar. En este caso, esta ruptura supone una injerencia muy grave de los poderes públicos que vulnera totalmente el derecho a la vida familiar y privada. Esto significa que el TEDH considera que las medidas de separación del menor con respecto a los padres no se tendrían que haber adoptado por tres motivos: porque que el niño se hubiera vinculado afectivamente más con los padres por el hecho de permanecer más tiempo con ellos no justifica su separación; porque se especuló sobre el proceso penal que tenían abiertos los padres pero sobre el que todavía no había pronunciamiento con lo que se estaba dando por culpables a los padres de unos hechos que todavía no habían sido probados; y porque el solo hecho de que los padres pudieran haber burlado la ley de adopción no suponía que el niño corriera un riesgo.

En conclusión, el tribunal considera vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de los padres, sin embargo, pronunciándose en el supremo interés del menor, el TEDH no obliga a las autoridades italianas a devolver el menor al lado de los que un día fueron sus padres ya que el niño desde principios del año 2013 se encuentra con una familia de acogida con la que ha desarrollado vínculos afectivos.¹²⁴

6. ¿LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA? ANÁLISIS DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La presente instrucción emitida por la DGRN, responde al problema cada vez mayor que encontraban las familias que habían tenido hijos por técnicas de gestación por sustitución en países donde este tipo de técnicas de reproducción son legales a la hora de inscribir a sus hijos en el Registro Civil de las misiones diplomáticas en el extranjero.

Los encargados de los Registros Civiles de las embajadas y consulados se amparaban en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, que declaraba nulo de pleno derecho el contrato o acuerdo por el que se estableciese la maternidad subrogada. De tal manera al considera inválido dicho contrato, las personas que asistían al Registro no eran oficialmente los progenitores del menor y por tanto, no podían registrarlo como sus hijos con todo el problema de filiación que ello conlleva.

Como consecuencia de las diversas reclamaciones y recursos que los padres de estos menores han interpuesto en la DGRN, ésta pretende solucionar estos problemas con esta instrucción. En concreto, la instrucción pretende tres cosas: la primera, es la de establecer los mecanismos y el procedimiento que han de llevar a cabo las familias para que el nacimiento de estos menores pueda acceder al Registro Civil (siempre es necesario velar por el interés superior del menor); la segunda, es evitar que se dé una apariencia de legalidad a posibles supuesto de tráfico de menores; y la tercera, que no se ponga nunca en peligro el derecho del menor a conocer su origen.

124 BIBLIOGRAFÍA

A.DURÁN AYAGO, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Vol.2, Nº 2, 2014, págs. 280-282. Dialnet digital [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2015] Disponible en http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156

J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, Diario La Ley, Nº8363, 2014. Diariolaley [fecha de consulta:19 de noviembre de 2015] Disponible en <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tyntSvVK1B0oQiAYBMk2JBaEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee>

S. ROURA GÓMEZ, (14 de julio de 2014) “Gestación subrogada y derechos del menor”, *El País*, [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2015], disponible en http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html.

Los requisitos que establece la DGRN es la necesidad de que los tribunales del país donde se ha tenido el niño dicten una sentencia confirmatoria de que el contrato de subrogación de la maternidad es plenamente válido y no existe ningún tipo de error, dolo o violencia en relación con la madre gestante. Además, es muy importante tener en cuenta que la madre gestante puede revocar su consentimiento hasta momentos previos al parto. Una vez que los padres tengan esa resolución judicial esta debe de ser susceptible de reconocimiento y exequátur por parte de los tribunales españoles. Sin embargo, si la resolución dictada es fruto de un proceso de jurisdicción voluntario asemejable a los existentes en nuestro país éste no necesitará el procedimiento de reconocimiento. El encargado del registro realizará un control incidental sobre todos estos extremos.

No obstante, la DGRN deja fuera como elemento probatorio y válido para la inscripción en el Registro Civil el documento o partida de nacimiento expedido por los médicos asistentes en el parto y en el que no conste el nombre de la madre gestante.

Sobre la publicación de esta Instrucción de la DGRN la doctrina no se muestra vacilante en la consideración de esta Instrucción como negativa para la solución de este problema y así existen autorizados catedráticos como son Calvo Caravaca y Carrascosa González que hacen una crítica a ultranza de la presente instrucción. En el siguiente, comentario vamos a intentar expresar los diversos puntos de vista y la opinión por la cual consideramos que es según nuestro juicio se considera más idóneo.

El primer debate doctrinal que se establece viene dado en relación con el carácter de norma de derecho internacional privado del art. 10 de la Ley de Reproducción Asistida. Y es que considera que el art. 10 de la Ley de Técnicas Humanas de Reproducción Asistida, sólo supondría reconocer un solo artículo de la ley. Además, parece cuando menos difícil de creer que una norma que sólo puede regular materia de derecho interno, se establezca como una norma de derecho internacional privado.¹²⁵

Así la aplicación e interpretación que hace la DGRN del art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, forma de un intento de extender en demasía el ámbito subjetivo de dicho artículo. De hecho, podemos entender que tanto la Ley de Técnicas de reproducción asistida como el art. 10 en concreto, son normas imperativas que regulan conductas como la prohibición de los contratos o acuerdos de gestación por sustitución dentro del territorio nacional, pero no mucho más allá. Además, consideramos que la DGRN establece una confusión entre lo que es determinación de la filiación y lo que es la determinación de la nacionalidad. Y como apuntan los profesores Caravaca y Carrascosa, si se aplica el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistidas, habría que utilizar toda la ley y no sólo un parte en concreto que ha tomado una interpretación a conveniencia por parte de la DGRN.

Parece curioso que la DGRN no hable durante toda la instrucción del art. 9.4 CC que es una norma de Derecho Internacional Privado, en la que se determina que será la “ley nacional” del menor la que determine la filiación. Como parece lógico, en los casos en los que la filiación del menor de edad quede determinada según las normas de otros países e incluso en algunas ocasiones rubricada con una resolución judicial. Es decir, el problema no se deriva de cómo determinar la filiación de menores, que ya la tienen determinada según las normas del país de nacimiento. Sino que el problema

¹²⁵ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. Cuadernos de derecho transnacional, 3, pp. 247-262.

podría suscitar un problema de reconocimiento de dicha filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero las confusiones de los términos jurídicos de la DGRN son bastantes frecuentes en esta instrucción. La DGRN hace mención al reconocimiento y al exequátur como si fuera lo mismo, cuando es conocido que el exequátur es el procedimiento por el que se solicita hacer ejecutiva una sentencia emitida por los órganos de un Estado extranjero y previamente reconocida por los órganos del Estado requerido (España, en este caso). Lo que ocurre es que los juicios por los que se comprueba la concordancia de los acuerdos o contratos de gestación a la normativa del Estado correspondiente, no son juicios que deriven en una resolución ejecutoria, sino son juicios declarativos en los que únicamente se pone de relieve la concordancia de dicho contrato o acuerdo con la legalidad vigente. Además, consideramos que en esta ocasión la DGRN se está introduciendo nuevamente en un terreno muy pantanoso, ya que al exigir la resolución e intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado donde tuvo lugar el parto, se introduce en la esfera procesal de esos estados. Es decir, puede darse que la ley procesal del Estado de nacimiento del menor no contemple procedimientos judiciales para la comprobación de la conformidad a la ley del contrato de gestación subrogada. Además, a esto se debe de unir, que la Instrucción prohíbe expresamente la validez de las actas de nacimiento como título suficiente para la inscripción registral.

Pero es que de la lectura de los arts. 81 y 85 RRC se desprende, justamente todo lo contrario y es que este reglamento permite que para acceder al registro civil español baste las actas registrales de un registro civil extranjero sin necesidad de resolución judicial de ningún tipo. Así comprobamos como la DGRN se erige como un cuasilegislator, contraviniendo incluso a normas con rango superior a esta instrucción como es el propio RRC.

Y el problema, como bien indica la profesora Durán Ayago¹²⁶, no nace del hecho de que las actas registrales de un país extranjero no puedan acceder al Registro Civil español, sino que para que dichas actas pudiesen acceder tendría que haber una resolución judicial, que sería la que debería de ser objeto de reconocimiento por las autoridades españolas y no el acto registral (tal y como exige la Instrucción). De aquí que se deriven dos grandes problemas: problemas derivados del “fórum shopping” asociado al control de competencia del juez de origen y si el orden pública internacional puede limitar el reconocimiento como consecuencia de la aplicación del art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que es el eje central de esta Instrucción.

Como ya expresamos con anterioridad si bien entre filiación y nacionalidad puede existir una determinada vinculación no significa que sean los mismos. No obstante, en nuestro sistema civil existe una posibilidad de obtener la nacionalidad sin necesidad de acreditar la filiación. Es el caso que contempla el art. 17 CC que determina la nacionalidad diciendo “que son españoles los nacidos de padre o madre españoles”. Como podemos observar, la legislación española ni exige que la filiación esté determinada legalmente, ni habla de los “hijos de españoles”, basta únicamente con que existan indicios racionales de que el padre del menor es español para que éste pueda acceder a la nacionalidad. No sería por tanto, necesaria ninguna sentencia judicial que declarase la paternidad del padre.

En conclusión creo que la presente Instrucción de la DGRN no es una verdadera solución para los casos de gestación por sustitución realizados por parejas españolas en el extranjero, ya que supone una excesiva burocratización, para un elemento tan sencillo

¹²⁶ DURÁN AYAGO, A. (2015). *Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución*. Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado.

y circunstancial. Además de que no observo, como la DGRN pretende proteger el interés superior del menor, cuando éste se ve privado de una situación jurídica plena dentro de España y puede llegar incluso a privarle el acceso al país. Por otro lado, es importante reconocer que en el lapso de la aprobación de esta instrucción los tribunales de justicia españoles han emitido sentencias demostrando lo inútil e inválido de esta Instrucción y además, tal y como critica la profesora Durán Ayago, ya en esos momentos existía un Anteproyecto de Ley de Reforma de la ley del RC, que debería de haber tenido en cuenta la DGRN y es más, debería haber aprovechado la misma para solucionar estos problemas y no a través de una Instrucción.

No obstante, tal y como ha quedado demostrado en la STS de 2 de febrero de 2015¹²⁷, este problema no es único y exclusivo de España, sino que otros países de la UE como Francia cuentan con el mismo problema jurídico-político. Y sin embargo, tanto el TS como el TEDH han venido a determinar que aún como consecuencia de la imposibilidad de inaplicación práctica de esta Instrucción, cabe la posibilidad en España de acceder a la filiación y la nacionalidad por las vías que establecen las leyes civiles españolas. Todo ello en contraste con lo que sucede en Francia.

7. NOVEDADES QUE APORTA LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL Y SU RELACIÓN CON LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Con los apartados anteriores a este, se constata el descontrol jurídico y la ausencia de precisión en la materia del reconocimiento de la gestación con sustitución en España, descontrol que deviene en gran medida por el mantenimiento de la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y de la determinación de la filiación por el parto de la Ley 14/2006. Ahora, con la pretensión de la vigencia de la Ley 20/2011, existe la posibilidad de que accedan al Registro Civil de España las certificaciones registrales que procedan de un país que sí permite este tipo de prácticas y que estén emitidas por la autoridad competente de ese Estado. A priori un avance, pero no consigue eliminar el problema de fondo; sino más bien acrecentar el laberinto y la inseguridad jurídica que los recovecos legales ofrece, por no hablar de las desigualdades sociales que la prohibición de la gestación por sustitución genera.

En primer lugar, hay que recordar que en un proyecto de reforma de la Ley que aquí discutimos, se introducía, en su artículo 44, un apartado que fue criticado por suponer una barrera para reconocer en España la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero. Este movimiento de crítica, basado en las sentencias Mennesson y Labassee, desembocó en que se observara por parte del Ministerio de Justicia un propósito de enmienda. Pero, a la luz del auto de 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo, en el que justifica su sentencia de febrero de 2014, esa pretensión de enmienda desapareció¹²⁸

Teniendo en cuenta esto, ahora veremos los cambios que contiene esta Ley 20/2011.

¹²⁷ DURÁN AYAGO, A. (2012). *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia de los casos de filiación habidas a través de gestación por sustitución*. Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Madrid, pp. 265- 308.

¹²⁸ A. DURÁN AYAGO. “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Millenium Dipr*, 2015

Para empezar, debemos apuntar que le corresponde, con carácter exclusivo, a la Oficina Central del Registro la inscripción de los documentos judiciales y extrajudiciales dictados en el extranjero y las certificaciones extranjeras; es también la autoridad que se ocupa de la materia de cooperación jurídica internacional (Preámbulo). Aun así, las Oficinas Consulares del Registro Civil siguen pudiendo inscribir los mismos documentos antes referidos que sirvan de título para practicar la inscripción (art. 24. 1º).

También se reconoce¹²⁹ que esta nueva Ley consigue acercar el Registro Civil al tipo de registros existentes en otros países europeos, se produce una modernización debido al impulso de los medios electrónicos que permiten que sea un Registro más cercano, accesible e individualizado. Se pretende que sea un registro único, eliminando parte de las Oficinas y superando el criterio de territorialidad. En definitiva, se intenta pasar a un tipo de registro más próximo al ciudadano, que funcione como un órgano administrativo sin que ello signifique pérdida de garantías para las personas.

Pero, centrándonos, la parte de la Ley que aquí nos interesa es aquella denominada “Normas de Derecho Privado”, esto es, el Título X. Los artículos que integran este Título son los que van del 94 al 100, nos ocuparemos de aquellos que tiene más relevancia:

El art. 94 abre el Título, recordando simplemente la primacía del Derecho de la Unión y el convencional con los que se vincula España. Seguido a este, el art. 95 nos habla sobre la necesidad de que los documentos presentados en el Registro se encuentren correctamente traducidos y legalizados, salvo que al Encargado del Registro le conste el contenido o la autenticidad del documento. Además, si el documento proviene de un Estado parte del XII Convenio de la Haya de 1961, se suficiente con que en el documento se incorpore la apostilla, sin necesidad de legalización¹³⁰

El art. 96 sí tiene un mayor contenido e importancia en la materia que nos ocupa, puesto que este artículo organiza el acceso de las resoluciones judiciales extranjeras al Registro. En primer lugar, estas resoluciones deben ser firmes, y si se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria, definitivas; en caso contrario, únicamente podrán ser objeto de anotación. Para el reconocimiento, este artículo modula dos procedimientos: el exequátur y el reconocimiento incidental. El Encargado deberá notificar su resolución a todos los interesados, además, es posible interponer recurso contra esta ante la DGRN, también podrá solicitarse exequátur de la resolución judicial.

El exequátur se enmarca en los procesos contenciosos y seguirá lo establecido en el Convenio aplicable, o en su defecto, en la LEC de 1881. La segunda forma de inscripción, la realizada ante el Encargado, se producirá una vez que este verifique los siguientes requisitos (art. 96.2):

- a) *“La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.*

¹²⁹ A. DURÁN AYAGO. “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012, pp. 265-308.

¹³⁰ S. VILLAR GONZÁLEZ. “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 921-926.

- b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
- c) *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.*
- d) *Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”*

De estos requisitos merecen especial atención el apartado d), sobre el orden público. Este no tiene por qué verse vulnerado por la gestación por sustitución si en el Estado de origen se dieron las suficientes garantías relativas a la dignidad, respeto y diligencia con la contratada, todo bajo la protección del interés superior del niño.

El elemento central que podría suscitar problemas entorno al orden público, sería la alusión al art. 10 de la Ley 14/2006, pero este se ve relegado en virtud del interés del niño por la necesidad de que este tenga un estado civil acreditado. Así, si entendemos que la Instrucción de 2010 de la DGRN ve solventados sus problemas en virtud de esta nueva ley 20/2011, cabría utilizar su definición sobre el orden público internacional para concretarlo.

Por su parte, el art. 97 explica el proceso de inscripción de los documentos extranjeros extrajudiciales, para ello, siguiendo la literalidad de la Ley, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- “1. ° *Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- 2. ° *Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate.*
- 3. ° *Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- 4. ° *Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.”*

Pasamos, por tanto, a ver otro de los artículos más importantes de la Ley, el art. 98 sobre el acceso de al Registro de certificaciones extranjeras. Cumpliendo los requisitos del art. 98.1 no sería necesaria la resolución judicial para la inscripción, estos requisitos son:

- “a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.*
- c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”*

Lo que se realiza es un control de naturaleza formal. Primero, controlando que la autoridad de origen tiene competencia de acuerdo a su legislación para realizar la inscripción.

Respecto al apartado b), se exige que el registro de origen tenga análogas garantías, y estas garantías no son otras que las que el art. 13 de la Ley 20/2011 recoge como principio de legalidad:

“Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos”

El control de legalidad siempre es con referencia al derecho del estado de origen, y el control sobre la realidad se pone en relación a los documentos de los que la autoridad extranjera dispusiera y siempre en el marco de su propia legislación¹³¹

Por otra parte, los requisitos c) y d) sí pueden plantear más problemas. Anteriormente hemos visto que el orden público se puede sortear siempre que se respete, entre otros aspectos, el interés del menor y se proteja a la madre gestante; pero una vez esquivado el orden público, tenemos el problema de la validez. Esta validez ha de ponerse en relación al art. 9.4º CC, lo que no facilita la cuestión, puesto que eludir este precepto es harto complicado (art. 9.9º CC).

Estos artículos son los más relevantes en la nueva Ley del Registro Civil en relación a la materia de gestación por sustitución. Se observa que esta Ley parece que nos sitúa en una posición parecida a la que facilitaba las resoluciones de la DGRN de 2009 (4), pero que sigue sin eliminar los problemas que se suscitan en la realidad relativos a la igualdad y la protección del menor y de la madre gestante, puesto que con este entresijo jurídico no se realiza una cobertura que permita defender estas cuestiones sino que solo se abre una pequeña puerta a que determinados casos privilegiados tengan cabida en Registro Español. Es decir, si se pretende proteger al menor y a los demás interesados, lo más rápido y eficiente sería la modulación de las normas que desembocan en todo este mecanismo kafkiano.

Ley de jurisdicción voluntaria 15/2015

La mayoría de los casos sobre gestación por sustitución se enmarcan en supuestos de jurisdicción voluntaria, por ello, esta Ley resulta importante. Las normas de Derecho internacional privado se encuentran reguladas en el Título I, de los artículos 9 a 12:

En el art. 9 se establece la competencia internacional de forma que esta vendrá determinada por los foros configurados en los Tratados u otras normas internacionales que sean aplicables a España. Si el supuesto no puede enmarcarse en alguna norma internacional, la competencia se determinará según los foros recogidos en la LOPJ.

¹³¹ **A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA.** “La solución del derecho internacional privado español a los “vientres de alquiler” autorizados en el extranjero”, *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15, 2015.

El art. 10 determina la ley aplicable, que será la establecida por las normas de la Unión Europea o las españolas sobre Derecho Internacional Privado.

Por su parte, el artículo 11 habla sobre la inscripción en registros públicos de las resoluciones judiciales extranjeras que sean definitivas (claro está, de jurisdicción voluntaria), esta inscripción será posible:

“a) Previa superación del trámite de exequátur o de reconocimiento incidental en España. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación preventiva.

b) Por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello.”

Se observa la alusión a los desarrollado anteriormente sobre la Ley 20/2011 en el proceso de inscripción.

De otro lado, las resoluciones judiciales que no sean definitivas solo podrán ser anotadas de forma preventiva.

Por último, el art. 12 trata los efectos de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria de autoridades extranjeras. Así, aquellos que sean firmes, tendrán efectos y accederán a los registros públicos cuando superen el reconocimiento necesario según la legislación vigente. También podrá el Encargado realizar de modo incidental el reconocimiento de actos, pero en este caso, sin necesidad de procedimiento previo. Finalmente, el reconocimiento se podrá negar en los siguientes casos:

“a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.

b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.

c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.

d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico.”

Se puede observar las relaciones que existen entre esta Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley 20/2011, apreciándose semejanzas en algunos procedimientos.

IV. TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. La Conferencia de la Haya

La Conferencia de la Haya de DIPr es una organización intergubernamental de carácter mundial y permanente, de la que forman parte 80 Estados de todos los continentes y a cuyos Convenios continúan adhiriéndose distintos países aunque no formen parte de la misma. España es miembro de la Conferencia desde el 15 de julio de 1955.

Su función principal consiste en elaborar instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento. El propio Estatuto de la Conferencia recoge el mandato de trabajar en pos de la unificación progresiva de las normas de DIPr.

Con el paso de los años, la Conferencia se ha ido convirtiendo en un centro de cooperación judicial y administrativa internacional en materia de DIPr, destacando, entre otros, el ámbito de la protección de los niños y de la familia.

2. Sobre el proyecto: introducción

Pese a que la determinación legal de la filiación parecía un tema relativamente asentado en la mayoría de los Estados, en las últimas décadas ha surgido una incertidumbre al respecto como consecuencia del cambio en el modelo de familia y de los avances médicos y científicos, que no han sido uniformes a nivel global. La postura de los Estados con respecto a los problemas que plantean cuestiones como la impugnación de la paternidad a la luz de las pruebas de ADN, los avances en TRA y las disposiciones sobre maternidad subrogada, varían enormemente en función del entorno cultural, social, y político. Por consiguiente, todavía no disponemos de ningún acuerdo internacional sobre cómo determinar e impugnar la filiación en este nuevo escenario, que cobra aún más relevancia en la era de la globalización, pues la frecuencia con que las familias cruzan las fronteras entre los Estados se ha incrementado notablemente, lo que puede dar lugar a complejas cuestiones de DIPr relativas al reconocimiento de la filiación de los niños. No estamos ante una cuestión baladí, puesto que tales asuntos afectan de lleno a los DDF de los niños. ⁱ

Además, el auge que están teniendo en los últimos años los casos de maternidad subrogada ha supuesto un gran desafío, sobre todo respecto a las consecuencias legales que acarrea el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos como resultado de esos acuerdos (puede afectar a la nacionalidad del niño, a la responsabilidad de los padres, al deber de alimentos de los padres respecto de sus hijos, etc.).

La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya sobre DIPr estudia los problemas de DIPr en relación con la filiación de los niños y, más concretamente, las disposiciones internacionales relativas a la maternidad subrogada.

3. Cronología del trabajo de la Haya

2001: En las consultas informales que tuvieron lugar en relación con el programa de trabajo de la Conferencia de la Haya sobre DIPr, se sugirió, como posible tema de trabajo, la problemática del DIPr relativa al estatus de los niños y, en particular, el reconocimiento de la filiación.

2009-2010: Varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que se presentaban en sus Estados y su complejidad jurídica.

2010: El Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya reconoció la complejidad de las cuestiones relativas al DIPr y a la protección de los niños surgidas de los acuerdos transfronterizos de maternidad subrogada.

La Comisión Especial expresó su preocupación por el rápido aumento de los ISAs y llegó a la conclusión de que el Convenio de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional no era apto para regular dicha cuestión, recomendando que la Conferencia de la Haya llevara a cabo un estudio sobre los aspectos jurídicos de DIPr que rodean a la maternidad subrogada en el ámbito internacional.

2011: La Oficina Permanente preparó una breve nota sobre las cuestiones de DIPr relativas al estatus del niño para el Consejo de Asuntos Generales y Política de 2011. Se fijó el objetivo reunir información sobre las necesidades reales y prácticas de esta materia, informando sobre su regulación en el Derecho comparado, con la finalidad última de lograr un consenso que permitiera una aproximación global. Para todo ello, la Oficina debía consultar a juristas, profesionales de la salud y otros profesionales relevantes, debiendo presentar un informe preliminar al Consejo en 2012.

2012: Se publicó el informe preliminar n°.10 de marzo de 2012. El Consejo pidió a la Oficina Permanente que elaborase un cuestionario con el que obtener diversas opiniones acerca las necesidades sobre las que dirigir los esfuerzos y las propuestas que deberían llevarse a cabo. Algunas cuestiones centrales de esta investigación serían: hasta qué punto los Estados están experimentando dificultades prácticas con relación a la filiación en casos internacionales fuera del contexto de la maternidad subrogada; hasta qué punto es factible una aproximación amplia, teniendo en cuenta la posible diversidad de normas de DIPr relativas al reconocimiento y la impugnación de la filiación; y hasta qué punto las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional requieren de un instrumento exclusivo.

2013: Se elaboraron 4 cuestionarios (el primero dirigido a los miembros de la Conferencia de la Haya y otros Estados interesados, el segundo a los juristas, el tercero a los profesionales médicos y, el cuarto y último, dirigido a las agencias de maternidad subrogada).

2014: En la reunión del Consejo, los miembros de la Conferencia de la Haya recibieron el trabajo realizado por la Oficina Permanente y convinieron que debería

seguir recopilando información para comprobar la viabilidad de elaborar un instrumento multilateral en esta área. Debido al gran número de Estados que expresaron su apoyo a la creación de un Grupo de Expertos, se decidió aplazar decisión final sobre este asunto en la reunión del Consejo de 2015.

2015: La Oficina Permanente publicó: *“Filiación/Proyecto de maternidad por sustitución: una nota de puesta al día”*.

En el Consejo de 2015, los miembros de la Conferencia de la Haya decidieron que deberían convocar a un Grupo de Expertos para examinar la viabilidad de un trabajo que avanzase en esta área.

INFORME PRELIMINAR SOBRE LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE SUBROGACIÓN (2012)

I. Introducción

En abril de 2011, el Consejo de Asuntos Generales y de Política de la Conferencia dio la bienvenida al informe elaborado por la Oficina Permanente sobre “Los problemas de Derecho Internacional Privado sobre la situación de los niños, incluidos los problemas derivados de los acuerdos internacionales de subrogación”. Del mencionado informe puede deducirse que los problemas más frecuentes a nivel internacional están relacionados con la filiación legal incierta y la nacionalidad de los niños.

Todo lo relativo a la protección de los menores que derive de los ISAs afecta a los DDFF y a los intereses de los niños. Asimismo, se ha de tener en cuenta la posible vulnerabilidad de todas las partes intervinientes en los ISAs y atender a las preocupaciones que puedan existir sobre el tráfico de mujeres y niños

II. Algunas reflexiones iniciales sobre los posibles enfoques de cualquier instrumento nuevo de subrogación internacional

El carácter transnacional de los problemas que surgen como consecuencia de los ISAs determina la dificultad (incluso imposibilidad) de prever cómo estas cuestiones pueden resolverse únicamente por la acción individual de los Estados.

Un indicio de que la cooperación multilateral puede ser necesaria se encuentra en algunas de las acciones ya emprendidas por los Estados. Por ejemplo, en 2010, los Cónsules Generales de ocho Estados de Europa (Bélgica, Francia, Alemania, España, Italia, Países Bajos, Polonia y República Checa) redactaron una carta conjunta dirigida a una serie de clínicas de FIV en la India para solicitar que proporcionen opciones de subrogación a los nacionales de sus países, salvo que las partes intencionales hubieran consultado con su embajada primero.

Además, en algunas de las reformas internas propuestas por algunos Estados, ya se está considerando la introducción de aspectos de cooperación multilateral. Por ejemplo, el Proyecto de la India Bill 2010 contiene una disposición específica para los padres intencionales que residan fuera de la India y que deseen participar en un acuerdo de subrogación en la India con una madre subrogada. Esta disposición requiere, para proceder al acuerdo, que el Estado donde reside el padre intencional dé la autorización; esta autorización debe darse en forma de “documentación adecuada” (una carta, ya sea de la Embajada de la India o del Ministerio de Relaciones Exteriores del país, que sea clara y sin ambigüedades y que indique que el país permite la subrogación y que el niño que nace como consecuencia de la subrogación en la India podrá entrar en el país como un hijo biológico de la pareja o de la persona).

Aunque no procede ahora examinar detalladamente este proyecto de ley (que es un ejemplo de cooperación interestatal en cuanto a los ISAs que adopta, a nivel internacional, una forma de “pre-aprobación” de los acuerdos de subrogación, similar a lo que existe internamente en algunos Estados), reconoce efectos jurídicos diferentes a la maternidad subrogada y tiene en cuenta que la ley de residencia de los padres intencionales antes de que el niño fuese concebido. Es un enfoque que, sin duda, crea un “reparto de responsabilidades” entre los Estados, siendo responsabilidad del Estado receptor determinar la elegibilidad de los padres intencionales. De hecho, parece que los padres intencionales que sean de un Estado que prohíbe los acuerdos de subrogación ya no podrán acceder a los servicios de subrogación en la India.

Los Convenios de La Haya existentes también pueden proporcionar ideas para cualquier instrumento futuro. En particular, el Convenio de La Haya de 1996 sobre la Protección del Niño y la Convención de Adopción de La Haya de 1993 inspiran algunas de las reflexiones sobre el posible futuro de la regulación multilateral en esta materia.

Si se requiere una acción multilateral, es importante identificar con claridad las necesidades que la acción trata de cumplir.

1. *Las necesidades que deben cumplirse*

Los ISAs afectan a los derechos e intereses de los niños reconocidos por la Comunidad Internacional. Por tanto, la última “necesidad” es un instrumento multilateral que ponga en marcha las estructuras y procedimientos que permitan a los Estados garantizar que se cumplan las obligaciones existentes en el contexto de este fenómeno transnacional. Esto incluiría la necesidad de eliminar esa “cojera” de la filiación legal, asegurando que los niños puedan adquirir una nacionalidad, asegurando su derecho a conocer su identidad, así como la puesta en marcha de procedimiento que garantice que estén protegidos de cualquier daño. Hay un peligro real de que la situación actual esté dañando a los niños en todos los aspectos.

Los niños nacidos como consecuencia de los ISAs no son las únicas partes vulnerables. La vulnerabilidad de las mujeres gestantes, sobre todo las procedentes de una situación de desventaja económica, así como la de los padres intencionales, a menudo desesperados en su búsqueda de la forma de tener un hijo, supone que también es necesario un instrumento para evitar la explotación de todas las partes de estos acuerdos. Eso está relacionado con la naturaleza no regulada de los intermediarios en este campo. En relación con estos aspectos, un marco jurídico multilateral podría poner en marcha estructuras y procedimientos para garantizar que las normas jurídicas internacionales ya existentes se cumplen en un contexto internacional y que se introducen nuevas salvaguardias, cuando sean necesarias, para garantizar la protección de los implicados.

De hecho, la diversa naturaleza del Convenio de 1993 como un instrumento de DDHH, como un instrumento para la cooperación judicial y administrativa y como un instrumento de DIPr puede ofrecer una aproximación a los ISAs que hay que tener en cuenta.

Sin proporcionar una revisión exhaustiva de los marcos jurídicos internacionales ya existentes que habría que tener en cuenta si se tiene en consideración la acción multilateral en esta materia, es evidente que los principios internacionales han de tenerse en cuenta, incluyendo (pero no limitando a): la CDN y su Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las

Formas de Discriminación contra la Mujer, así como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.

2. *Algunas reflexiones sobre los posibles enfoques de la reglamentación multilateral*

Las siguientes reflexiones sobre las posibles perspectivas en torno a la regulación multilateral en esta materia son provisionales en cuanto a su naturaleza y se basan en la investigación preliminar llevada a cabo hasta la fecha. Junto a la investigación, se encuentra la información que se podría obtener a partir de un cuestionario que la Oficina Permanente sugiere enviar a sus miembros durante el próximo año, si el Consejo está conforme con que el trabajo sobre este tema continúe, pudiendo todo ello permitir que se tenga una consideración más detallada de la viabilidad y conveniencia de estas perspectivas. Esta información adicional también puede sacar a la luz otros posibles enfoques para la resolución de estas cuestiones que no se estudian aquí.

- A) Un enfoque centrado en la armonización de las normas de DIPr en relación con el establecimiento y la impugnación de la filiación legal, incluidas las disposiciones sobre la cooperación

Una posible perspectiva para resolver las dificultades sobre la filiación legal de los niños nacidos como resultado de los ISAs puede ser la de examinar la cuestión en un contexto más amplio a través de un instrumento relacionado con los aspectos de DIPr del establecimiento y la impugnación de la filiación legal. Como se dijo en el Documento Preliminar n° 11 de marzo de 2011, este instrumento podría contener, por ejemplo, las normas uniformes sobre la competencia de los Tribunales u otras autoridades para tomar decisiones sobre la filiación legal que tiene eficacia *erga omnes*, las normas uniformes sobre ley aplicable, correspondientes a las normas que establezcan el reconocimiento y la ejecución de decisiones (o actos auténticos, por ejemplo, un certificado de nacimiento), las normas uniformes sobre ley aplicable a la determinación de la filiación legal por ministerio de la ley o por acuerdo y el Derecho aplicable o reconocimiento de los principios aplicables en relación con el establecimiento de la filiación por reconocimiento voluntario.

Existe una serie de factores que merecen especial consideración. En primer lugar, el tema de la conveniencia: si este enfoque es deseable, depende en última instancia de la necesidad práctica de un amplio conjunto de principios. La investigación se ha centrado este año en los agudos problemas que surgen como consecuencia de los ISAs. Será necesario un mayor trabajo en el próximo año para evaluar la naturaleza y el alcance de los problemas prácticos generados por la falta de normas mundiales uniformes sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución sobre filiación legal fuera del contexto de la subrogación. En segundo lugar, hay una cuestión de viabilidad: de nuevo, se requiere más trabajo de Derecho comparado para determinar si existe alguna posibilidad de lograr un consenso sobre la unificación de las normas de DIPr en esta materia.

Además, si se adopta una perspectiva de este tipo para resolver los problemas particulares derivados de los ISAs, sería necesario plantearse si esta perspectiva puede satisfacer las “necesidades” requeridas. Para algunos Estados, el reconocimiento de la filiación legal de un niño nacido como resultado de un acuerdo de subrogación es a día de hoy un problema debido a la aplicación de la cláusula de orden público (a menudo en relación con la maternidad legal, en particular). Incluso, si fuera posible un acuerdo sobre las normas de DIPr, tal acuerdo podría incluir una cláusula de orden público para

evitar la aplicación del Derecho extranjero o el reconocimiento de una decisión extranjera, un auténtico acto o un reconocimiento voluntario que sería contrario al orden público de un Estado. Si este fuera el caso, las normas unificadas podrían no impedir que el niño terminase “sin padres y sin Estado”.

Sin embargo, el papel del orden público podría ser significativamente menor en cuanto al reconocimiento que a la ley aplicable y, por tanto, el alcance de un instrumento de DIPr limitado al reconocimiento podría ser más eficaz. Por ejemplo, algunos Estados podrían rechazar la aplicación del Derecho extranjero o aceptar acuerdos de subrogación, pero podrían aceptar los efectos de una sentencia extranjera o conceder un estatus legal al niño y atribuir la filiación a los padres intencionales.

Posiblemente, este enfoque podría limitarse en cuanto a su alcance a los ISAs, excluyendo otras cuestiones relacionadas con la filiación legal. Esto podría dar lugar a un tratamiento más específico además de a nuevas preguntas, por ejemplo, en relación con los parámetros de ese alcance limitado.

B) El establecimiento de un marco para la cooperación

Una segunda perspectiva que sería posible para resolver las dificultades resultantes de los ISAs sería la de considerar el asunto como un discreto tema candente, que requiere una metodología más específica y unas técnicas más amplias para resolver dichos problemas. Este enfoque podría hacer necesario acudir al Convenio de 1993, aunque hay diferencias obvias e importantes entre subrogación internacional y la adopción internacional. Por ejemplo, no existe un conjunto similar de principios internacionales relativos a la subrogación internacional y, por tanto, puede ser difícil encontrar principios comunes para un sistema internacional. Sin embargo, si las “necesidades” que deben cumplir son similares, es apropiado considerar hasta qué punto algunas de las técnicas empleadas por el Convenio de 1993 pueden ser importantes para la subrogación internacional. Este Informe Preliminar tiene en cuenta solo algunos aspectos generales para el propósito de las discusiones iniciales.

Dado que actualmente algunos Estados prohíben el uso de los acuerdos de subrogación, esto podría considerarse incompatible con una discusión sobre la regulación de los ISAs. Es importante reconocer, sin embargo, que la creación de salvaguardias en torno a un sistema y la búsqueda de soluciones para los desafíos que plantea, no implica necesariamente la facilitación y promoción de un sistema de este tipo. De hecho, este es un denominador común entre las mujeres gestantes y la adopción internacional. Los Estados parte del Convenio de 1993 no están obligados a participar en cualquier nivel de la adopción internacional. De hecho, “en virtud del Convenio [1993], los Estados contratantes se mantienen totalmente libres para regular o restringir las adopciones internacionales en la forma que estimen conveniente, siempre que se respeten sus garantías mínimas”. De la misma manera, el establecimiento de un marco para la cooperación y los instrumentos para la prevención de abusos, con el objetivo de proteger los derechos e intereses de los niños, deben distinguirse del esfuerzo por promover la subrogación internacional.

Todos los Estados pueden considerar que tienen un interés en la regulación efectiva de la subrogación internacional para proteger los derechos e intereses de los participantes, así como para garantizar que las situaciones que son efectivamente “hecho consumado”, con todas las consiguientes dificultades y preocupaciones, se reduzcan al mínimo.

El Convenio de 1993 contiene nuevas disposiciones relacionadas con el “reconocimiento y los efectos de la adopción”. Hace que el reconocimiento de la decisión de la adopción de un niño esté condicionado a si la adopción se ha hecho “de

conformidad con el Convenio”. En lugar de adoptar un enfoque tradicional del DIPr y tratar de armonizar las normas sobre competencia, reconocimiento y ley aplicable en relación con la adopción, el Convenio se basa en un sistema de cooperación. Central a este sistema y a los efectos del reconocimiento, es el art. 17. Según este artículo, los dos Estados que participan en la adopción deben estar de acuerdo antes de la adopción en que ésta puede llevarse a cabo. Por tanto, ambos Estados tienen el poder para evitar que la adopción se realice si se entiende que es contraria a sus percepciones de la competencia o a la ley aplicable (o si hay alguna otra preocupación).

En el contexto de la subrogación, un sistema de garantías mínimas, junto con el establecimiento de un sistema de cooperación y, en última instancia, un principio de reconocimiento, podría ser una forma de asegurar la prevención de los abusos, la prohibición de la filiación legal “coja” de un niño nacido por un ISA y la previsibilidad de las partes. Igualmente, esto evitaría tener que armonizar las normas internacionales privadas posiblemente complejas y variadas en relación con la filiación legal.

El Convenio de 1993, a raíz de los Convenios anteriores de La Haya en materia de cooperación jurídica, pone en marcha una estructura que sitúa a las Autoridades Centrales como guardianes del proceso de adopción internacional. Las responsabilidades pueden ser delegadas a los cuerpos competentes o acreditados, pero solo hasta un cierto punto. Un sistema centralizado de este tipo, reforzado por los beneficios de la cooperación, puede ayudar a evitar algunos de los problemas actualmente presentes.

Un instrumento que se centra en la cooperación en la subrogación internacional podría garantizar salvaguardias, por lo que se convierte en un fenómeno de respeto de los derechos e intereses de los recién nacidos. Supondría establecer procedimientos para que los Estados controlasen, *a priori*, el proceso para evitar los abusos, así como para garantizar, por adelantado, que cuando procede un acuerdo, haya certeza en cuanto a la situación jurídica del niño.

III. Conclusión

Los Estados tratan de resolver los problemas que surgen como consecuencia del gran incremento del número de ISA, puesto que se trata de un fenómeno global que puede exigir, en última instancia, una solución global. La situación actual no garantiza adecuadamente el respeto de los derechos e intereses fundamentales de los niños y de las demás partes implicadas.

La previsión para 2013 es que la Oficina Permanente, con el apoyo del Consejo, continúe cumpliendo con el mandato de 2011 remitiendo un cuestionario a los Miembros para obtener información más detallada sobre la incidencia y naturaleza de los problemas que se dan en torno a los ISAs y a la filiación legal y para recopilar las “necesidades” que han de abordarse.

ESTUDIO SOBRE LA FILIACIÓN LEGAL Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE SUBROGACIÓN (Marzo 2014)

I. El establecimiento y la impugnación de la filiación legal en el derecho interno

1. *Los acuerdos de subrogación*

A) Aproximaciones a la subrogación en el Derecho interno

En algunos Estados, no existe una prohibición expresa de ninguna de las formas de ISAs dentro de su jurisdicción, aunque se prevén sanciones penales para los terceros implicados en la facilitación de dichos acuerdos y/o arreglos en los que se han efectuado pagos. Finlandia y Noruega aclararon que, si bien los ISAs facilitados por terceros que utilizan TRHA están expresamente prohibidos por la ley, los ISAs tradicionales dispuestos únicamente entre las partes están permitidos. Un segundo grupo de Estados (entre los que se encuentra Tailandia) no regula los ISA en su Derecho interno (y, por tanto, ni se permite ni se prohíben). En un tercer grupo de Estados (Australia, Brasil, Canadá...), existen diversos grados de regulación de la subrogación, prohibiéndose y criminalizándose los ISAs con ánimo de lucro. En un cuarto grupo de Estados, identificados en el informe preliminar de 2012, se permite la subrogación con fines de lucro. En los Estados federales que respondieron al cuestionario, la validez y la legalidad de los ISAs es generalmente una cuestión de la ley estatal/provincial y, por lo tanto, las reglas pueden variar de un Estado/provincia a otro.

B) Regulación de la subrogación

En los Estados en que se regula la subrogación, tal como se señala en el Informe Preliminar 2012, se adopta una de las siguientes posturas: (1) en una minoría de Estados, se requiere una pre-aprobación de un ISA, por ejemplo, por un comité creado a tal efecto; (2) en un mayor número de Estados, la legislación se centra menos en el acuerdo y más en la situación del niño y de los padres intencionales una vez que nazca el niño. Sin embargo, aunque la "pre-aprobación" no se requiere en estos Estados, este tipo de legislación suele contener condiciones.

Ahora bien, hay tendencias generales pese a que las reglas varíen. Así, los padres intencionales deben cumplir ciertos requisitos: diversos Estados exigen que la pareja que va a llevar a cabo un ISA esté casada o mantenga una relación análoga, con independencia de que sean del mismo sexo o no. Otros Estados exigen que la madre intencional y la madre subrogada cumplan los requisitos de edad y los requisitos psicosociales; incluso, algún Estado precisa una necesidad "médica o social" para la subrogación (por ejemplo, hombres solteros o una pareja de hombres, que no pueden tener un hijo sin la ayuda de otra persona). Todos estos criterios se inspiran en la idoneidad de los padres intencionales para asumir el papel de padres o en el interés superior del menor.

En cuanto a la naturaleza de los acuerdos permitidos en la legislación, la restricción más común es que el acuerdo no tenga ánimo de lucro. En Israel y en Rusia, no se permiten los ISAs tradicionales, mientras que en otros Estados el único criterio era que uno de los padres intencionales sea genéticamente el padre del niño. En Brasil, el ISA incluye una obligación vinculante de entregar el niño a los padres intencionales. En todos los demás Estados, esta cláusula no es exigible, pero otras sí (por ejemplo, para pagar los gastos de la madre sustituta). Sólo cuatro Estados incluyen requisitos de nacionalidad, domicilio o residencia en su regulación relativa a la subrogación.

C) El establecimiento de la filiación legal

Este punto ya ha sido tratado en el epígrafe dedicado a la filiación natural, por lo que nos remitimos a él para continuar con el siguiente punto.

D) La impugnación de la filiación legal

En todos los Estados que respondieron a esta cuestión, los tribunales (ya sean juzgados de familia especializados o tribunales civiles) son responsables de la

determinación de controversias relativas a la filiación legal. Sin embargo, existe una considerable diversidad en todos los Estados sobre quién podrá entablar una acción para impugnar la filiación legal, y sobre si existe un plazo legal de prescripción para ejercitar la acción y, de ser así, su naturaleza y duración. Las diferentes aproximaciones de los Estados a estas cuestiones evidencian una profunda división ideológica entre los Estados respecto a cómo se puede lograr mejor el interés superior del menor en lo que respecta a su filiación legal.

Hay más similitud entre los Estados en cuanto a enfoques de los motivos por los que la paternidad legal puede impugnarse.

En la gran mayoría de los Estados, la determinación judicial tras una impugnación de la filiación legal es vinculante erga omnes (es decir, a todas las personas, a todos los efectos). En algunos Estados, sin embargo, en el contexto de los casos de manutención de los hijos, el tribunal puede hacer una determinación de la filiación legal que sólo es vinculante para el propósito limitado de esos procedimientos. En Croacia y España, si la maternidad o paternidad legal se ha establecido por un tribunal, no se puede impugnar.

E) Adquisición de la nacionalidad por el niño

El principio de *ius soli*, que dice que un niño puede adquirir la nacionalidad de un Estado de forma automática por nacer en su territorio, es aplicable en quince de los Estados que respondieron al cuestionario. En algunos de ellos, sin embargo, no se aplica en sentido estricto.

El principio de *ius sanguinis*, según el cual un niño adquiere la nacionalidad por ascendencia, plantea dos cuestiones sobre la situación jurídica de los niños: (1) ¿La nacionalidad por ascendencia deriva de los padres biológicos del niño y/o de sus padres legales (en los casos en que no coinciden)?; (2) Si deriva de los padres legales, ¿qué ley se aplica para determinar la identidad del padre(s) legal(es) si la situación tiene elementos extranjeros?

En relación con la primera cuestión, en treinta y un Estados, un niño puede adquirir la nacionalidad del Estado por ascendencia si uno o ambos de los padres legales del niño es/son nacionales del Estado. Por el contrario, en siete Estados, la nacionalidad por ascendencia se adquiere si uno o ambos de los padres biológicos son nacionales del Estado. Sin embargo, en cualquier caso, en algunos de estos Estados, si un niño nace en el extranjero, y/o si sólo uno de los "padres" del niño es un nacional del Estado, y/o si el niño nace fuera del matrimonio, deben cumplirse criterios adicionales para que el niño adquiera la nacionalidad por ascendencia. Por otra parte, algunos Estados han limitado la aplicación del principio de *ius sanguinis* a la primera generación de niños nacidos en el extranjero. Las restricciones a la adquisición de la nacionalidad por ascendencia se pueden superar en algunos Estados mediante la inscripción del niño ante las autoridades nacionales dentro de un plazo definido.

Australia pone de manifiesto que la legislación sobre nacionalidad no especifica si la palabra "padre" se entiende como padre biológico o como padre legal. Si bien la intención política de la legislación era que la nacionalidad por ascendencia estuviese basada en una conexión genética con un padre nacional, los tribunales han interpretado la legislación de tal manera que no se requiere una conexión biológica, sino que basta la filiación legal. En Suecia, donde la filiación legal también es suficiente para aplicar el *ius sanguinis*, un niño nacido de una pareja de mujeres por inseminación artificial, adquirirá la nacionalidad del Estado, incluso cuando la madre biológica no sea nacional, a condición de que su pareja no relacionada genéticamente sea nacional y haya establecido su filiación legal con respecto al niño. En Canadá, la nacionalidad por ascendencia se adquiere automáticamente si uno o ambos padres biológicos son

nacionales del Estado, a condición de que, al menos, uno de los dos sea también su padre legal.

También es interesante destacar las modificaciones que se han llevado a cabo en las dos últimas décadas en varios Estados para permitir a las parejas que no están casadas transmitir su nacionalidad *ius sanguinis* a los niños.

En relación con la segunda cuestión, en muchos Estados la filiación legal se determina de acuerdo con su ley interna (es decir, la ley del foro), incluso si la situación tiene elementos extranjeros; sin embargo, en otros se aplican las normas de DIPr del Estado para determinar la ley aplicable. Si no existe ninguna conexión genética, cabe que el niño adquiera la nacionalidad por ascendencia si su padre/madre legal es nacional y el niño puede entrar en el Estado como un "residente permanente". Esto se puede lograr si el niño nació a través de TRHA y nació de la persona que hace la solicitud o su esposo/a, pareja de hecho o cónyuge. Este último requisito excluye, sin embargo, los niños que nacen a través de ISAs.

Por último, muchos Estados tienen también disposiciones específicas sobre la adquisición de la nacionalidad por adopción nacional e internacional de niños abandonados que de otro modo serían apátridas. En algunos Estados, la adquisición de la nacionalidad donde un niño resultara de otro modo apátrida puede ser precondicionada al nacimiento dentro del territorio del Estado.

Los enfoques de los Estados a la adquisición de la nacionalidad por los niños evidencian que, en muchos Estados, las leyes de nacionalidad todavía no han 'atrapado' la evolución de la ciencia. En algunos Estados, si la filiación legal es determinante para la adquisición de la nacionalidad por ascendencia y un caso tiene conexiones extranjeras, puede no estar claro qué ley debe aplicar para determinar la cuestión de quién es / son el padre legal del niño(s). Otro problema puede ser que, incluso si la legislación nacional ofrece una definición clara de lo que se considera como un "padre" a los efectos de nacionalidad, esto no siempre puede coincidir con las normas relativas a la determinación de la filiación legal en derecho de familia, dejando la posibilidad que un niño tiene un padre legal de acuerdo con la legislación del Estado, pero que no puede transmitir su nacionalidad al hijo o viceversa. Esto también es posible en los Estados en los que se exige una conexión genética para que el niño adquiera la nacionalidad por ascendencia.

II. Acuerdos internacionales de subrogación: análisis más detallado de un fenómeno específico

En 2011, la Conferencia de La Haya declaró que los ISAs se han convertido en un negocio global al que aún no se ha prestado la suficiente atención por la Comunidad Internacional. En 2014, es una realidad ampliamente aceptada, convirtiéndose en una preocupación internacional y en una cuestión de interés internacional.

1. ISAs: preparando la escena

En 2011 y 2012 la Oficina Permanente trató de dar una primera ilustración del número y la naturaleza de los ISAs llevados a cabo globalmente, así como del alcance geográfico del fenómeno. Sin embargo, debido a la falta de una recopilación central de datos, no es posible un análisis completo, aunque abogados especialistas y Estados receptores han facilitado información sobre algunos Estados de origen.

A) Número y alcance geográfico de los ISAs

Número

En los últimos cinco años, la importancia de los ISAs se ha incrementado; de hecho, Israel aportó unos datos relativos al periodo comprendido entre 2009 y 2012, en el que se ha registrado un aumento del 967%. Ahora bien, las cifras proporcionadas por algunos Estados receptores eran inferiores a los casos reales, lo cual se debe a que en algunos casos las parejas podían presentar un nacimiento extranjero fruto de un ISA como un parto normal en el extranjero y no se hacía alusión al acuerdo de subrogación ante las autoridades; en otros casos, si el niño había nacido gracias a un ISA en un Estado donde adquirió un pasaporte de origen, las autoridades del Estado receptor no llegaban a conocer del caso, ya que los padres no pretendían regularizar su situación al regresar a su Estado de residencia.

En cuanto a las clínicas de fertilidad y agencias de subrogación, los datos más relevantes se localizan en India, donde en 2014 se contabilizaban aproximadamente unas 1100 clínicas de este tipo. Algunos otros Estados donde estas clínicas han cobrado especial relevancia son Estados Unidos (en adelante, EE.UU.), Ucrania y Tailandia.

Alcance geográfico

EE.UU. e India fueron los Estados más recurrentes como Estados de origen en casos de ISAs. Les siguen Tailandia, Ucrania, Rusia, Georgia y Canadá. Ahora bien, su importancia depende de los Estados receptores: Tailandia cobra más fuerza como Estado de origen entre los padres intencionales residentes en Australia y en Nueva Zelanda, mientras que Ucrania y Rusia tienen un carácter más significativo en relación con los padres intencionales residentes en Europa. En ello también influyó el que las nuevas normas indias sobre visados evitan que extranjeros del mismo sexo y parejas de hecho accedan a los servicios de subrogación proporcionados en la India, lo que ha hecho que dichos extranjeros y parejas de hecho hayan acudido a Tailandia y a EE.UU. para estos fines.

Entre los Estados de origen destacan Armenia, Australia, Bélgica, Brasil, Camboya, China, Chipre, República Checa, Grecia, Israel, Italia, Indonesia, Kazajistán, Kenia, Filipinas, Polonia, Sudáfrica, Malasia y México. La relevancia de algunos de ellos obedece a que en su territorio se han llevado a cabo acuerdos de subrogación altruistas.

Por su parte, entre los Estados receptores, se encuentran Estados de todos los continentes (Argentina, Bangladesh, Croacia, Egipto, Finlandia, Grecia, Hungría, Indonesia, Japón, Kenia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Venezuela...).

En algunos casos, la mujer gestante podrá, por consenso, trasladarse para dar a luz por cuestiones jurídicas internacionales, aunque ésta no es la regla general. Nueva Zelanda muestra su preocupación en tanto en cuanto las mujeres residentes en su territorio acceden a los servicios de TRHA en otros Estados y posteriormente regresan a Nueva Zelanda para dar a luz en lo que parecen ser casos de ISAs.

No puede negarse la naturaleza internacional de este tipo de acuerdos, pues habitualmente están implicados más de dos Estados.

B) Naturaleza de los acuerdos

Los ISAs más comunes son, por un lado, los acuerdos de gestación, ya sea acudiendo a una donante de óvulos (que es lo habitual) o utilizando el óvulo de la madre intencional (cuando sea posible) y, por otro lado, los acuerdos de gestación con ánimo de lucro, más que altruistas. Los ISAs tradicionales (es decir, utilizando el óvulo de la mujer sustituta) tendrán lugar en el Estado de origen porque, tal como reseñó una abogada británica, los acuerdos tradicionales normalmente implican a miembros de la familia, los cuales tienden a ser altruistas y no involucran a una agencia. Un letrado

canadiense dijo que los acuerdos tradicionales se han convertido en los más populares por los costes relacionados con los acuerdos de gestación.

Los costes que acarrear los ISAs con fines de lucro son los siguientes:

- Costes médicos: varían en función del Estado donde el tratamiento de fertilidad se lleve a cabo. En EE.UU., si bien la mayoría de los padres intencionales establece un baremo de 20.000-30.000\$, los abogados hablan de una cantidad comprendida entre los 20.000 y los 80.000\$. En India, los costes pueden sobrepasar los 30.000\$, mientras que Ucrania el promedio son 11.600\$.
- Gastos legales: la cuantía total de este tipo de costes dependerá de los Estados involucrados y de la necesidad de asesoramiento jurídico en múltiples jurisdicciones, pues en muchos casos los padres intencionales requieren o deberían recibir asesoramiento jurídico en el Estado de origen y en el Estado receptor. En un acuerdo celebrado entre EE.UU. (Estado de origen) y Reino Unido (Estado receptor), los padres intencionales pueden llegar a abonar, aproximadamente, entre 13.400 y 16.800\$ en concepto de honorarios de los abogados de Reino Unido, más de 3.400\$ por consejos de inmigración y 12.000\$ por el asesoramiento jurídico de EE.UU. Sin embargo, en India estos costes ascienden a unos 6.000\$.
- Gastos de agencias: en algunos Estados de origen es complejo determinar estos gastos porque se incluye en un pack conjunto la cantidad abonada por los padres intencionales a las clínicas de fertilidad. En cambio, en EE.UU., dado que las agencias de subrogación suelen ser independientes de las clínicas de fertilidad, se paga una tarifa por separado; aun así, los costes varían entre los 6.000 y los 54.000\$, aunque los abogados estadounidenses establecen un rango entre 15.000 y 30.000\$. En Canadá, estos gastos oscilan entre los 5.000 y los 7.500\$.
- Madres subrogadas: los factores que alteran este concepto son el Estado donde reside la madre gestante, la experiencia de ésta y la agencia a la que se acude. En EE.UU., los padres intencionales suelen pagar a las madres subrogadas una cuantía superior a los 30.000\$. En India, se abona algo más de 10.000\$ y en Canadá hasta 20.000\$.
- Donantes de óvulos: en EE.UU., las cantidades rondan los 5.000 y los 15.000\$, en India alrededor de 3.000\$ y en Ucrania se habla de aproximadamente 1.000\$.
- Otros costes: aquí, se suelen incluir los seguros médicos (en EE.UU, se paga entre 7.000 y 25.000\$).

La diversidad de cifras incluso dentro del mismo Estado se puede deber a cuál sea el elemento principal del caso (los padres intencionales buscan a una madre sustituta con experiencia; el niño precisa un cuidado médico particular tras el parto; qué servicios proporciona la agencia).

C) Las partes y los intermediarios implicados

Las partes principales son los padres intencionales, la madre sustituta y su marido o pareja (si procede) y los donantes de gametos. Entre los intermediarios se encuentran las agencias de subrogación, las clínicas de fertilidad u otras instituciones de salud y, en menor medida, las compañías de turismo médico.

Los padres intencionales normalmente están casados o son parejas heterosexuales y las parejas homosexuales representan una minoría de los clientes de los ISAs. Las madres subrogadas no constituyen una categoría uniforme, pues sus circunstancias de vida pueden ser diversas dependiendo del Estado de origen. La relación entre los padres intencionales y las madres gestantes será más o menos frecuente en función del Estado de origen (en EE.UU. es más frecuente que en India). Lo mismo que se ha dicho respecto de las madres sustitutas puede predicarse de los donantes de gametos (ambos suelen ser residentes del mismo Estado).

En cuanto a la identidad de los intermediarios, el papel que desempeñan y los servicios que ofrecen, pueden ser muy diversos en función del Estado de origen, así como de la regulación que exista sobre ellos y de la naturaleza de tal regulación. En EE.UU, en la mayoría de casos, las agencias de subrogación son el principal intermediario que asiste a los padres y, normalmente, depende de alguna clínica de fertilidad o de un proveedor de servicios médicos. Ahora bien, la regulación de estos organismos variará entre los Estados de EE.UU. Los servicios que proporcionan estas agencias son, entre otros, evaluación y selección de madres subrogadas, examen de compatibilidad de estas mujeres y los padres intencionales, depósito del dinero abonado por los padres intencionales... Por contra, en India la clínica de fertilidad suele ser el intermediario principal y se ocupa de la selección de las madres subrogadas y de los donantes de gametos, de la adaptación y de los servicios médicos requeridos.

La mayoría de abogados que intervienen en los ISAs son autónomos o están contratados por cuenta ajena en bufetes de abogados, trabajando independientemente respecto de otros actores en el proceso y solo para sus clientes (normalmente, los padres intencionales). Una minoría de ellos trabajan dentro de las propias agencias de subrogación o clínicas de fertilidad.

2. *Principales problemas identificados en los casos de ISAs*

A) La situación jurídica de los niños y de los padres intencionales

Según la conclusión provisional de los Documentos Preliminares de 2011 y 2012, la situación jurídica de los niños nacidos como resultado de los ISAs es uno de los principales problemas, cuya causa fundamental es el conflicto en las posturas jurídicas de los Estados de origen y los Estados receptores en los casos de ISAs sobre la filiación legal y la nacionalidad o la inmigración (que pueden estar vinculadas o no en función del Estado).

Estados de origen

En los Estados de origen más populares, se prevén procedimientos, basados en la ley, en la jurisprudencia o en la práctica, cuyo resultado es otorgar la filiación legal a los padres intencionales, antes o después del nacimiento del niño. En la mayoría de Estados, se aplica la *lex fori* para determinar la filiación legal, salvo en India, donde se tiene en cuenta la ley internacional y los padres intencionales deben probar la admisión por parte de su Estado del acuerdo de subrogación para poder llevarlo a cabo.

Respecto a la nacionalidad, en muchos Estados de origen se establece que los padres intencionales son los padres legales del niño, lo que significa que el niño no adquiere la nacionalidad del Estado donde nazca. EE.UU. y Canadá son excepciones a esta regla,

pues los niños nacidos en su territorio, incluso en casos de ISAs, adquieren la nacionalidad estadounidense o canadiense. Tailandia es otra excepción, porque, dado que la madre subrogada es la madre legal, el niño adquiere la nacionalidad tailandesa por ascendencia.

Estados receptores

En la mayoría de los Estados receptores son muchas las variables que afectan a la determinación del estatus legal de un niño nacido por un ISA (tanto sobre la filiación legal como sobre la nacionalidad), así como al procedimiento que debe adoptarse para resolver estas cuestiones: si la madre subrogada está casada, la nacionalidad de los padres intencionales, si el niño está genéticamente relacionado con uno de los padres (nacionales) intencionales, el Estado en el que nació el niño y el procedimiento utilizado en ese Estado para otorgar la filiación legal a favor de los padres intencionales. Además, las complicaciones pueden multiplicarse si hay un tercer Estado involucrado: por ejemplo, si el caso involucra a una pareja bi-nacional que desea que el niño adquiera cada una de sus nacionalidades, o una pareja que quiere vivir con el niño en un Estado receptor del que ninguno de los dos es nacional.

En los Estados de nacimiento en los que un niño nacido a través de un ISA adquiere la nacionalidad de ese Estado en el momento de nacer, teóricamente ese niño puede viajar al Estado receptor con sus padres intencionales con un pasaporte. Sin embargo, varias respuestas a los cuestionarios enfatizan que, si un niño viaja a un Estado receptor con un pasaporte extranjero con la intención de residir permanentemente en él, sin haber obtenido el visado o el permiso antes de viajar, podría violar las leyes de inmigración de dicho Estado receptor (algo que en determinados Estados llega a considerarse delito) y los niños serían devueltos a la frontera. Por tanto, se aconseja a los padres receptores que busquen consejo sobre inmigración antes de viajar, incluso si el niño tiene el pasaporte del Estado de nacimiento.

En los Estados de nacimiento en los que el niño no adquiere la nacionalidad a través de su nacimiento en el territorio, los padres intencionales tendrán que solicitar un permiso del Estado receptor para que el niño pueda viajar “a casa”, a través del consulado o la embajada del Estado receptor en el Estado de nacimiento.

Aproximación federal: desconexión

En jurisdicciones federales, el asunto de la nacionalidad corresponde a la política y ley federal, mientras que el registro del nacimiento o la filiación legal del niño quedan bajo la autoridad legislativa de los Estados o provincias, lo que puede conducir a situaciones en las que el niño adquiere la nacionalidad del Estado pero permanece “cojeando” en cuanto a la filiación legal.

Un ejemplo de ello es Australia. Aunque muchos niños nacidos en el extranjero bajo un ISA (con padres destinatarios australianos) pueden adquirir la nacionalidad australiana, a menudo no podrán establecer su filiación legal bajo la ley australiana. Los juzgados australianos resuelven concediendo órdenes que otorgan “responsabilidad parental” a los padres destinatarios (no confiere estatus legal como padre y expira cuando el niño cumple 18 años).

Otro ejemplo es Canadá, donde para adquirir la nacionalidad canadiense por nacimiento, la ley federal exige que haya una conexión genética y legal entre el niño y los padres intencionales nacionales. Si no existe conexión genética, todavía sería posible que el niño adquiriera la nacionalidad por ascendencia si su padre/madre legal es un nacional canadiense. Esto puede lograrse si el niño nació a través de TRHA, pero no para casos de ISAs. Sin embargo, incluso si el niño adquiere finalmente la nacionalidad canadiense, eso no supone el reconocimiento de su filiación legal (en particular con el

segundo padre/madre intencional), sino que los padres intencionales necesitarán resolver la cuestión bajo la ley provincial.

En EEUU la adquisición de la nacionalidad estadounidense se determina a nivel federal y el asunto de la filiación legal corresponde a la ley estatal. Sin embargo, la determinación de la nacionalidad, a diferencia de Australia y Canadá, solo está basada en la genética y, sin conexión genética con un nacional, un niño nacido en el extranjero no puede adquirir la nacionalidad estadounidense.

Aproximación *Common Law*: la “*lex fori*” determina todo

En un segundo grupo de Estados del *Common Law*, la cuestión de si el niño puede adquirir la nacionalidad por ascendencia del Estado receptor se determina según quiénes sean los padres legales del niño y, para ello, hay que acudir a la *lex fori*.

Que el niño pueda adquirir la nacionalidad automáticamente dependerá de si la ley interna del Estado receptor considera que el niño tiene un padre legal nacional. En algunos Estados, dependerá del estado civil de la madre subrogada: si no está casada, el padre intencional (si es un nacional y si está genéticamente relacionado con el niño) será considerado el padre legal del niño. Si se hace esta reclamación, normalmente se requiere una prueba de ADN para probar la conexión genética, así como una prueba de que la madre subrogada no está casada y ha otorgado su consentimiento informado a la petición de pasaporte (ya que bajo la ley interna se considera que es la madre legal).

Por el contrario, en otros Estados, si el niño nace en el extranjero por un contrato de subrogación, los padres intencionales nunca serán considerados los padres legales del niño bajo la ley interna y, por tanto, es necesario un procedimiento distinto. En estos Estados (y en los que el niño no tiene un padre legal nacional de acuerdo a la ley interna) puede ser posible una transferencia de la filiación legal a uno o ambos padres intencionales, o puede producirse una adopción bajo la ley interna una vez que el niño llega al Estado receptor. Si la filiación legal se transfiere exitosamente a los padres intencionales, el niño adquirirá la nacionalidad del Estado receptor por ascendencia.

No es difícil ver que pueden darse problemas en estos Estados en términos del estatus legal de los niños nacidos a través de un ISA. Por ejemplo, si el padre intencional no es el padre legal bajo la ley interna del Estado receptor y no existe un mecanismo de transferencia de la filiación, el niño quedará en un vacío en lo que se refiere a la filiación legal y puede que le sea imposible adquirir la nacionalidad del Estado receptor. Más aún: el segundo padre intencional (a menudo la mujer) nunca tendrá la posibilidad de adquirir la filiación legal en ese Estado. Sin embargo, incluso existiendo un mecanismo de transferencia o adopción, si los requerimientos de la legislación no se pueden cumplir (ej., porque no hay conexión genética con un padre intencional, o debido a la naturaleza con fines de lucro de la transacción), puede que los padres intencionales no tengan forma alguna de establecer su filiación legal bajo la ley del Estado receptor.

Aproximaciones *Civil Law*: variación con temas comunes

Muchos Estados receptores de *Civil Law* también determinan si el niño ha adquirido la nacionalidad por ascendencia automáticamente si tiene un padre legal nacional de ese Estado. Sin embargo, la principal diferencia en muchos de estos Estados es que la filiación legal del niño se determinará mediante la aplicación de las leyes del DIPr del Estado interesado más que por una referencia al Derecho interno.

Puede apuntarse claramente una tendencia en algunos de estos países, a pesar de las distintas regulaciones de DIPr: la filiación legal del padre intencional, normalmente de aquellos genéticamente relacionados con el niño, puede ser reconocida o establecida, *ex novo*, en estos Estados receptores en ciertos casos, mientras que la madre intencional o el segundo padre intencional tendrá que adoptar al niño (si es posible).

En Bélgica, las autoridades administrativas rechazan sistemáticamente las peticiones de nacionalidad belga procedentes de ISAs y cuando esta decisión se impugna en los juzgados, las autoridades judiciales, en general, sostienen que la filiación legal de un padre intencional belga con conexión genética, probada mediante un certificado de nacimiento extranjero autenticado, se debe reconocer, y que la nacionalidad debe pasar al niño por ascendencia. Es la ley belga la que se aplica para determinar si un padre intencional belga es el padre legal del niño. La madre intencional no puede establecer su maternidad legal basándose en el certificado, dado que bajo la ley belga la madre subrogada es la madre legal. Una madre intencional o un segundo padre intencional (no relacionado genéticamente) tendrán que iniciar un procedimiento de adopción.

En Holanda es posible reconocer un acto legal extranjero (por ejemplo, la relación legal probada por un certificado de nacimiento extranjero). Sin embargo, en los casos de ISAs este reconocimiento se suele rechazar por razones de orden público. La maternidad subrogada, por sí misma, no es contraria al orden público, sino que más bien se basan en que el certificado de nacimiento no menciona el nombre de la madre o, si lo hace, no es el de la madre subrogada. En algunos casos, los juzgados holandeses han establecido, *ex novo*, la paternidad legal del padre intencional a partir de la ley holandesa interpretada a la luz del artículo 8 CEDH.

En algunos países escandinavos, la *lexfori* siempre rige la determinación de la maternidad legal, resultando que la madre subrogada siempre será la madre legal del niño.

En Suiza, mientras que la transcripción de un certificado de nacimiento extranjero en un caso de ISA se rechazará alegando una cuestión de orden público, sí es posible para un padre intencional suizo genéticamente relacionado reconocer su paternidad de acuerdo a la ley suiza y transmitir su nacionalidad por ascendencia.

La confianza depositada por estos Estados en el reconocimiento o establecimiento del parentesco legal de un padre intencional nacional y genéticamente relacionado significa, sin embargo, que el resultado de los casos depende en un alto grado de los hechos y pueden surgir problemas muy serios en escenarios concretos, por ejemplo, si:

- el niño no está genéticamente relacionado con el padre destinatario
- el padre intencional genéticamente relacionado no es nacional del Estado receptor
- solo hay una madre intencional
- la madre subrogada está casada y la ley aplicable no permite establecer la paternidad legal de un padre intencional en circunstancias en las que ya existe otra paternidad legalmente determinada.

Hay que mencionar también los problemas que un segundo padre intencional tiene que afrontar en estos Estados para establecer su filiación legal en relación al niño. Mientras que la adopción puede ser una opción en algunas ocasiones, es posible que no esté disponible en algunos Estados (si el ISA se realizó con fines de lucro o si los padres intencionales no están casados o son una pareja del mismo sexo).

En algunos Estados y en ciertos casos, se evidencia una aproximación más liberal que ha incluido el reconocimiento del estatus legal de la madre intencional, justificado por los mejores intereses del niño (art. 8 CEDH y art. 3 Convención de los Derechos del Niño) y las consecuencias del no reconocimiento (el niño no podría establecer una relación legal con sus padres genéticos, no tendría derechos de cuidado, mantenimiento y otros derechos de propiedad respecto de los padres intencionales, se le privaría de su

madre genética y la madre subrogada sería forzada a ser su madre legal en contra de sus deseos).

Las preocupaciones más extendidas relativas al estatus legal

Los Estados entienden que muchas de las cuestiones relativas a los ISAs pueden impactar directamente en la toma de decisiones sobre el reconocimiento o determinación del estatus legal del niño o la adquisición de la nacionalidad.

No hay que olvidar las obligaciones internacionales de los Estados (por ejemplo, bajo la Convención la de ONU sobre los derechos del niño), y hay que garantizar que las decisiones se toman de acuerdo con los derechos legales de todos los involucrados, siendo los derechos del niño una consideración suprema.

La jurisprudencia sobre los ISAs también evidencia esta tendencia, aunque las preocupaciones varían dependiendo de la actitud del Estado receptor hacia los ISAs. Por ejemplo, en algunos Estados receptores de *Common Law*, en los procedimientos legales para acordar la filiación legal de los padres intencionales, el consentimiento informado y libre de la madre subrogada, así como la idoneidad de los padres intencionales para cuidar del niño, serán factores importantes para la decisión del tribunal.

En los Estados de Civil Law, las preocupaciones por los derechos del niño y su bienestar han sido un factor importante para el reconocimiento o el establecimiento de la filiación legal entre un niño y, al menos, uno de sus padres intencionales.

Parece que hay un deseo por parte de las autoridades de los Estados (tanto gubernativas como judiciales) de asegurarse, en la medida de lo posible, de que existe un respeto por la madre subrogada y la dignidad humana del niño antes de reconocer decisiones extranjeras, algo que habría que considerar para emprender futuros trabajos internacionales.

Plazos y resultados

Las características comunes de muchos de los procedimientos descritos, en términos de plazos y resultados para los niños y las familias, son:

- Larga duración y complejidad de unos procesos financiera y emocionalmente agotadores (las respuestas a los cuestionarios hablan de semanas en el mejor de los casos, meses o incluso varios años),
- combinada con una alta dependencia de los hechos y un resultado incierto, así como el riesgo real de que el niño quede en un limbo en cuanto a su filiación legal y, en el peor de los casos, atrapado como un “sin Estado” en el país de nacimiento. Si los padres intencionales no pueden establecer su parentesco legal en el Estado receptor, tenemos padres que están cuidando de sus hijos sin ser sus padres legales.

Las respuestas de los padres intencionales también evidencian serias dificultades. La abrumadora mayoría de padres intencionales franceses confirmaron que no habían podido transcribir el certificado de nacimiento de los niños en el registro francés. Por otra parte, algunos padres intencionales alemanes ocultan el ISA (a menudo por miedo) para lograr la nacionalidad alemana de sus hijos, una práctica que deja al niño en una posición legal precaria, ya que si se descubre el acuerdo de subrogación, se revocarían la filiación legal o la nacionalidad.

Los peligros asociados con la no regularización del estatus legal del niño en el Estado receptor también se pusieron de manifiesto en las respuestas de los padres intencionales. Una pareja alemana indicó que no había solicitado la nacionalidad alemana para sus hijos (confiando en los pasaportes del Estado de nacimiento) y que ahora los niños tenían que enfrentarse a la deportación.

En relación a los padres intencionales españoles, las parejas indicaban que los niños viajaban a España como turistas y vivían ilegalmente (en un caso durante dos años) en España hasta que se promulgó la Instrucción de la DGRN de 2010. A partir de entonces, se podía realizar la transcripción en el registro español si se cumplían los criterios de la Instrucción.

Las consecuencias de estar en un “limbo” en cuanto al estatus legal

Las consecuencias para los niños que quedan en un limbo legal se harán más visibles a medida que crezcan, cuando aparezcan situaciones de divorcio, disputas por la custodia, cuestiones sobre herencias, etc. Veamos algunos casos bastante ejemplificativos:

- Una pareja británica celebró un ISA y tuvo un hijo utilizando el esperma del padre intencional y un óvulo de un donante. Regresaron a EEUU con el niño, con un pasaporte estadounidense, y no hicieron más para regularizar la situación del niño en Reino Unido. La pareja tuvo dificultades en su relación y el padre se llevó al niño a América Latina sin el consentimiento de la madre intencional. El padre argumenta que la madre no tiene derechos de custodia respecto al niño, porque no es un pariente legal de acuerdo a la ley inglesa y no tiene responsabilidad parental.
- Un caso en Francia en el que el padre intencional de un niño nacido como resultado de un ISA falleció. No pudo lograr determinar su filiación legal bajo la ley francesa y, como resultado, no está claro si el niño podrá heredar nada de él en Francia.

Los padres intencionales subrayaron otros problemas de los ISAs, como el rechazo de ciertos Estados a conceder beneficios de seguridad social a los padres intencionales para los niños, permisos de paternidad o maternidad y seguro médico a los niños.

B) El bienestar de los niños

Salud física y mental de los niños nacidos por un ISA

En los casos de ISAs y de TRHA hay un riesgo de partos múltiples y prematuros y, por tanto, de problemas de salud (hay casos documentados, por ejemplo, de bebés prematuros o de múltiples nacimientos de bebés muertos en India). Unas mejores prácticas médicas pueden reducir, generalmente, estos riesgos, pero tenemos el problema de que algunos Estados siguen sin legislar sobre estos asuntos.

La salud psicológica o la adaptación de los niños nacidos bajo ISAs es un asunto que, hasta la fecha, ha recibido poca atención. Un estudio doméstico longitudinal realizado en el Reino Unido sobre las relaciones padre-hijo y los resultados en familias creadas utilizando la subrogación, muestra que la conexión biológica entre padres e hijos no es esencial para una adaptación positiva del niño y que los niños nacidos mediante ISAs no experimentan problemas psicológicos. Sin embargo, se necesitan más estudios enfocados al impacto a largo plazo.

El derecho del niño a conocer sus orígenes

Una cuestión conectada con la adaptación psicológica de los niños es el derecho que estos tienen a conocer sus orígenes biológicos. Es un tema preocupante por las variaciones entre las leyes de los Estados y las prácticas sobre el anonimato del donante o la madre subrogada y la preservación de (o el acceso a) la información. Cualquier discusión sobre este asunto debe tener en cuenta los artículos 7 y 8 de la Convención de

la ONU sobre los Derechos del Niño y otros compromisos de DDHH regionales e internacionales.

Errores clínicos y prácticas

Un fenómeno muy problemático y habitual en ciertos Estados de nacimiento es que los padres intencionales realizan un ISA con la intención de utilizar uno o ambos de sus gametos y, cuando el niño nace y se llevan a cabo las pruebas de ADN, se descubre que no está relacionado genéticamente con los padres intencionales, debido a que la clínica ha utilizado los gametos o el embrión equivocados. Esta situación da lugar a múltiples cuestiones para los niños y las familias afectadas, por ejemplo: si los padres seguirán queriendo criar al niño en esas circunstancias y, si no, qué ocurre con él; el estatus legal del niño (particularmente relevante para los Estados que requieren una conexión genética con el padre intencional para que el niño adquiera la nacionalidad o la filiación legal); así como la posibilidad del niño para descubrir sus orígenes genéticos.

Ruptura de los ISAs y otras preocupaciones

Los casos de ruptura del ISA también son fuente de preocupación, por ejemplo, cuando el niño nace con discapacidad y los padres reniegan del ISA o cuando la madre subrogada no sigue los términos del acuerdo y mantiene relaciones sexuales, lo que puede hacer que, a la hora de entregar al niño, quiera hacerse las pruebas de ADN para probar que el hijo es suyo y de su compañero.

C) Posición de la madre subrogada

También existe preocupación respecto a la posición de la madre subrogada, sobre todo si vive en condiciones de pobreza. Hablamos de las evaluaciones de la madre subrogada que tienen (o no) que ser llevadas a cabo antes de la concepción, la información y el apoyo que se les proporciona para que tomen una decisión informada, el apoyo que reciben durante el proceso y su salud física y mental, incluyendo el cuidado médico que se les proporciona.

Elegibilidad e idoneidad para ser madre subrogada

En muchos Estados, agencias y clínicas, se llevan a cabo procesos de evaluación antes de aceptar a la mujer para ser madre subrogada, pero la naturaleza y calidad de las comprobaciones varían considerablemente. En algunos Estados de nacimiento no existe legislación sobre este asunto; sin embargo, algunas agencias en EEUU han desarrollado sofisticados procesos de evaluación, incluyendo pruebas psicosociales, así como registros médicos, financieros y criminales, entre otros.

Consentimiento informado

También preocupa el hecho de si las madres subrogadas han prestado su consentimiento completamente informado al ISA, sobre todo en algunos Estados de nacimiento, o si han sido informadas de los riesgos físicos y psicológicos asociados con la subrogación, o cómo se asegura que la decisión está libre de presiones financieras, sociales y emocionales (de sus maridos, por ejemplo, dada la suma de dinero implicada), o cómo se garantiza una toma de decisión informada y el consentimiento de mujeres analfabetas. Algunas agencias de EEUU y Canadá se aseguran de que les presta consejo legal antes de firmar el ISA.

Salud física y psicológica

Algunos Estados han expresado también su preocupación (con distinta intensidad dependiendo del país de nacimiento) respecto del cuidado que se proporciona a algunas madres subrogadas, antes, durante y después de su embarazo. Se han puesto de manifiesto algunas prácticas problemáticas, como el alto número de embriones que

se transfieren a estas madres. En relación con la India, preocupa la práctica de cesáreas en lugar de parto natural, lo que incrementa el riesgo para la madre subrogada.

Además, el impacto psicológico de los acuerdos de subrogación en las madres subrogadas requiere de una investigación de calidad. Mientras que hay un control psicológico para determinar la idoneidad de las madres desde la perspectiva del éxito del ISA, hay menos o ningún apoyo psicosocial con el objetivo de asistirles y ayudarlas a largo plazo.

D) Padres intencionales

Falta de información, particularmente la que concierne a problemas legales potenciales en el Estado receptor

Una primera preocupación es la información (o falta de ella) que se proporciona a los padres intencionales, particularmente la que tiene que ver con los problemas legales que pueden encontrar en los países receptores en relación con su estatus legal y el de los niños.

Idoneidad de los padres intencionales para formar parte de un ISA

La inexistencia de comprobaciones rutinarias de idoneidad a los padres intencionales en el Estado de nacimiento, es algo que también provoca inquietud.

Se trata de realizar unas comprobaciones básicas sobre los padres intencionales, incluyendo circunstancias presentes o pasadas que puedan provocar un daño físico o psicológico serio al niño, o que puedan dar lugar a la inhabilitación para cuidar a cualquier niño. Parece ser que algunas agencias y clínicas exigen que los padres intencionales cumplan ciertos requisitos (límites de edad, un diagnóstico médico de infertilidad, verificación de antecedentes penales, motivaciones por las que solicitan un ISA...).

Hay una minoría de casos muy problemáticos que son el resultado de un sistema que no garantiza unas mínimas comprobaciones (ej. un caso en el que una pareja casada concibió gemelos a través de un ISA. Los padres intencionales se divorciaron y los niños fueron apartados del cuidado del padre, a los cinco años de edad, cuando fue acusado de abusos sexuales; o el caso en el que una pareja extranjera firmó un ISA en India para obtener un órgano para su otro hijo enfermo).

E) La conducta de algunos intermediarios

Otra preocupación generalizada está relacionada con la actuación de los intermediarios, ya que los servicios que proporcionan se basan más en el beneficio que en el mejor interés del menor.

Algunos informes revelan muy buenas prácticas de profesionales que intentan buscar las mejores soluciones para la familia y el niño, siguiendo estándares éticos y profesionales de buenas prácticas.

Cuatro Estados informaron de algunos problemas con el comportamiento criminal de ciertos intermediarios (delitos de tráfico y el caso particular de Theresa Erickson, sentenciada a prisión por estar involucrada en una trama de venta de bebés disfrazada de ISAs).

Los aspectos financieros de los ISAs

Los costes en los que pueden incurrir los padres intencionales en un ISA hacen que esta técnica no sea viable para quienes no disponen de recursos.

Debido a las cantidades involucradas, se manifiesta una preocupación por la comercialización de las mujeres y los niños, así como del riesgo de que estas puedan ser explotadas.

3. *Desarrollos en las posturas de los Estados frente a los ISAs, incluyendo esfuerzos bilaterales, regionales, internacionales y cooperación.*

En algunos Estados se ha diseñado una guía no obligatoria, tanto para las autoridades como para los padres intencionales. Otros Estados indicaron que estaban considerando elaborar nuevas normas o regulaciones específicamente orientadas a los ISAs. En Noruega, por ejemplo, se han aprobado leyes temporales para permitir las transferencias de paternidad a los padres intencionales y el reconocimiento de la filiación legal establecida en el extranjero en algunos casos, con el propósito de dar una solución a los niños que viven en un vacío legal por lo que a su filiación se refiere.

Fueron pocos los Estados que informaron de que se habían unido a una cooperación transfronteriza con otros Estados en casos de ISA.

A nivel regional e internacional, ha habido una interesante investigación sobre los ISAs, así como estudios comparativos realizados por el Parlamento Europeo.

En relación con el cuidado reproductivo transfronterizo, se han desarrollado iniciativas internacionales y regionales para mejorar las prácticas y guías de ese cuidado.

PERTINENCIA Y VIABILIDAD DE PROSEGUIR CON LOS TRABAJOS EN EL MARCO DEL PROYECTO DE FILIACIÓN / MATERNIDAD SUBROGADA (Abril 2014)

I. Introducción

1. *Contexto del proyecto y mandatos recibidos por la Oficina Permanente*

En 2011 los Miembros propusieron a la Oficina Permanente intensificar sus trabajos y presentar un informe preliminar sobre los progresos en 2012. Para ello se solicitó a la Oficina Permanente que continuase con su trabajo recabando información sobre las necesidades prácticas en ese ámbito, los desarrollos comparativos relativos al derecho interno y al derecho internacional privado, así como las perspectivas de alcanzar un consenso sobre un enfoque mundial. Se invitó a la Oficina Permanente a presentar un informe ante el Consejo de 2014.

2. *Trabajos realizados desde 2012: el proceso de consulta*

La Oficina Permanente emprendió un amplio proceso de consulta para recoger información de los principales agentes implicados y se prepararon cuatro cuestionarios.

La información reunida ha permitido hacer un inventario mucho más rico de los enfoques adoptados por los Estados en materia de filiación legal (nivel interno o internacional), así como del fenómeno de maternidad subrogada de carácter internacional. No obstante conviene tener en cuenta que no se han comprobado las fuentes por falta de tiempo y recursos y que los Estados que representa un tipo concreto de enfoque en ciertos ámbitos (ej. un enfoque liberal sobre acuerdos de maternidad subrogada con fines lucrativos) no están representados en las respuestas. La Oficina Permanente ha completado la información a través de investigaciones necesarias, de información de la que ya disponía o de respuestas a otros cuestionarios.

3. *Objetivos, alcance y estructura del Documento Preliminar*

El objetivo es presentar a los Miembros un análisis claro sobre la pertinencia y viabilidad de proseguir con el trabajo sobre los aspectos del DIPr de la filiación legal y de las cuestiones que suscitan los ISAs, y las próximas etapas recomendadas para su debate de cara a la próxima reunión del Consejo en 2014.

El alcance del presente Documento Preliminar es amplio: estudia la determinación legal de la filiación y la impugnación desde el punto de vista del DIPr, sin limitarse a los estudios ISA, pero no se abarcan los efectos de la filiación legal.

Dada la velocidad en que evolucionan las normas nacionales y regionales no se puede presentar un documento definitivo, sino que se requieren trabajos adicionales.

II. Determinación e impugnación de la filiación legal: un asunto de interés internacional con implicaciones en materia de derechos humanos

Las pruebas de ADN, las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRHA) y la creciente movilidad internacional de personas derivada de la globalización han convertido la filiación de los niños en un objeto de preocupación internacional. En este mundo globalizado la asistencia reproductiva transfronteriza que algunos tachan de turismo reproductivo es una práctica muy arraigada.

III. Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos sobre las cuestiones de derecho internacional privado relativas a la filiación legal y derivadas de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional

1. *Pertinencia: ¿es necesario proseguir los trabajos internacionales?*

La necesidad de proseguir con los trabajos internacionales en este ámbito es evidente, incluso urgente en lo que se refiere a los ISAs, sobre todo desde el punto de vista de los derechos del niño.

2. *Viabilidad: ¿sería posible alcanzar un consenso respecto de un enfoque multilateral?*

La respuesta a esta pregunta dependerá del alcance del objetivo que se pretende alcanzar y de la naturaleza del objetivo perseguido.

A) Opiniones sobre los enfoques que se deben adoptar en los futuros trabajos y la prioridad que se les debe dar

Alcance de futuros trabajos de carácter internacional

Las ideas aportadas por los Estados consisten en unificar las normas de DIPr en materia de filiación, examinar las cuestiones que se plantean en el contexto de los ISAs, unificar las normas aplicables, posibilitar el reconocimiento de la filiación legal de pleno derecho, basándose en un procedimiento fiable en el Estado de origen con garantías y normas mínimas, y limitar la cláusula de orden público.

En cuanto a los ISAs, muchos Estados apoyan la elaboración de trabajos dirigidos a la cooperación transnacional y de normas mínimas, si bien dudan en cuanto a inspirarse en el Convenio de la Haya de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en la materia de Adopción Internacional. En este ámbito, se ha contemplado la posibilidad de preparar un instrumento internacional que estableciera un mecanismo de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados de los

padres y de los gestantes de los niños. La designación de autoridades centrales dependerá de la naturaleza y alcance del instrumento.

Naturaleza de futuros trabajos

Todos los Estados que han expresado su opinión al respecto daban prioridad a un enfoque que pudiera llevar a la creación de un instrumento internacional vinculante. No obstante, varios Estados y abogados especializados han considerado que podrían contemplarse medidas jurídicas no vinculantes (*softlaw*).

Prioridad que ha de darse a la realización de nuevos trabajos

Veintidós Estados han concedido un cierto grado de prioridad a trabajos preparatorios para un futuro instrumento sobre las cuestiones de DIPr transfronterizo de filiación legal. Y veinte Estados han concedido un cierto grado de prioridad a los trabajos preparatorios para un futuro instrumento expresamente dedicado a las dificultades propias de los ISAs.

B) Breve análisis de algunos posibles futuros enfoques

Amplia unificación de las normas de DIPr en materia de filiación legal

Parece poco probable que un futuro instrumento exhaustivo sobre los aspectos de DIPr de la determinación y la impugnación de la filiación legal pueda considerar la unificación de las normas de Derecho aplicable y el establecimiento de un procedimiento de reconocimiento de resoluciones y situaciones de pleno derecho como enfoques alternativos. De hecho, parece razonable que cualquier instrumento internacional deba combinar los dos enfoques.

La posibilidad de unificar las normas de Derecho aplicable en relación con la filiación legal de pleno derecho requiere reflexionar sobre cómo se puede concebir la cláusula de orden público teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar la capacidad de los Estados para garantizar el orden público y la necesidad de tener en cuenta los derechos y el bienestar de los niños.

Cuando se estudian los problemas que surgen en el contexto de los ISAs, es importante reconocer que un enfoque centrado simplemente en la unificación de normas de DIPr relativas a la filiación legal no responderá a las preocupaciones políticas de este fenómeno. Incluso en relación con los problemas del estatuto jurídico que surgen en el contexto de los ISAs, puede que los casos de ISAs deban examinarse por separado pero de manera conexa.

Trabajos futuros relativos a los ISAs

En el contexto de los ISAs, hay un amplio consenso sobre dos grandes objetivos: (1) velar por que los niños nacidos en virtud de ISAs dispongan de un estatuto jurídico seguro y cierto, reconocido en todos los Estados que tengan un vínculo con la familia y fuera de ellos; (2) velar por que los ISAs se ejecuten respetando los derechos humanos y el bienestar de todas las partes implicadas, incluido el niño por nacer.

Hay un importante consenso en eventuales trabajos futuros que pueden abarcar los ISAs, que deberían incluir:

- Garantías materiales mínimas, con el fin de sentar las bases necesarias para una cooperación internacional en ese ámbito (por ejemplo, con vistas a garantizar: el consentimiento libre e informado de los gestantes; que todas las partes hayan sido debidamente informadas; la aptitud médica y psicológica de la futura gestante; el bienestar del niño nacido en el marco de un ISA; la competencia y el comportamiento adecuados de los intermediarios.

- Un marco de cooperación internacional que permita a los Estados garantizar el respeto de esas garantías y el estatuto jurídico del niño antes de que se inicie cualquier procedimiento médico, es decir, antes de la concepción.

También debería estudiarse el ámbito de aplicación material de cualquier posible futuro instrumento en la materia. En cuanto al ámbito de aplicación material, así como del establecimiento de garantías, en un eventual instrumento se podría contemplar la previsión de exigencias más explícitas sobre la residencia del gestante con el fin de ofrecer una garantía frente a la preocupación suscitada en torno a la trata de mujeres con fines de subrogación internacional. También definir un ISAs para ocultar adopciones internacionales ilegales bajo la apariencia de ISAs.

IV. “Próximas etapas” recomendadas

1. Objetivos políticos de futuros trabajos

Los objetivos pueden ser: garantizar la seguridad jurídica y la seguridad del estatuto jurídico de los niños y de las familias en situaciones internacionales; proteger los derechos y el bienestar de los niños, los padres y demás partes implicadas.

2. Constitución de un grupo de expertos para facilitar investigaciones más avanzadas en cuanto a la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante (o eventuales medidas no vinculantes) en este ámbito.

3. Consecuencias en materia de recursos de las próximas etapas recomendadas

Si los Miembros desean que el proyecto continúe con arreglo a las recomendaciones formuladas, se deberá tomar una decisión en una Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993, que debería celebrarse a más tardar en el primer semestre de 2015.

TRABAJO DE 2015: LA FILIACIÓN/MATERNIDAD SUBROGADA: UNA NOTA DE PUESTA AL DÍA

En su reunión de 2014, el Consejo estuvo de acuerdo en que la Oficina Permanente continuase con su trabajo, en aras a valorar la viabilidad de redactar un instrumento multilateral, aplazando la decisión final sobre el asunto a 2015.

I. Algunas iniciativas internacionales y regionales clave en 2014

1. El Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño

Una muestra de la preocupación acerca de los DDHH que plantean los acuerdos de maternidad subrogada es el hecho de que el tema se haya discutido en 2014 en el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, que afirmó que la comercialización de la maternidad subrogada, al carecer de la debida regulación, es una práctica generalizada que lleva a la venta de niños y la violación de sus derechos. Así, se pone de manifiesto que existen derechos imperativos que deben tratarse en los trabajos de la Conferencia de la Haya.

2. Las decisiones del Tribunal europeo de Derechos humanos (TEDH)

Otro acontecimiento importante en este año han sido las esperadas decisiones del TEDH en los asuntos *Mennesson* contra Francia y *Labassee* contra Francia, que se analizarán en un epígrafe posterior. El TEDH consideró que el rechazo de Francia a reconocer o permitir la determinación de la filiación legal entre los niños, nacidos en mediante ISAs, y sus padres intencionales biológicos, violaba el art. 8 del CEDH relativo al derecho de los niños a que se respete su vida privada, que requiere que cada persona sea capaz de establecer los detalles de su identidad como ser humano individual, incluyendo la relación legal padre/hijo. El amplio margen de apreciación que se deja a los Estados en cuanto a la decisión sobre si permitir o no la maternidad subrogada, y si reconocer una relación legal paterno filial entre los niños concebidos en el extranjero y sus padres intencionales, debe reducirse teniendo en cuenta que está en juego un aspecto esencial de la identidad individual por lo que respecta a la relación paterno filial.

El interés superior del menor debe orientar cualquier decisión al respecto del reconocimiento legal de la relación paterno filial, por lo que hay que conseguir un equilibrio entre el principio de orden público y el interés del menor.

A pesar de estas resoluciones, siguen quedando en el aire una serie de cuestiones, que podemos sintetizar en las siguientes: ¿se considera una violación del art. 8 el hecho de negarle al niño la posibilidad de determinar o reconocer su filiación, determinada en el extranjero, respecto de su padre intencional no biológico o respecto de su madre biológica intencional? ¿El hecho de permitir alguna forma para determinar la filiación respetaría el art. 8, por ejemplo, si un Estado no reconociese la filiación determinada en el extranjero pero sí permitiese a los padres intencionales solicitar la adopción del niño en el país de recepción? Los tribunales de diversos Estados han expresado que la adopción puede no ser la mejor solución.

Debido a la incertidumbre que rodea a la filiación legal de los niños, la situación actual debe considerarse altamente insatisfactoria, tanto para las familias como para los Estados. Para la Oficina Permanente esta situación evidencia la necesidad de que la Comunidad Internacional se una para considerar la adopción de un instrumento multilateral que cree seguridad jurídica para todos los que se encuentren en estas situaciones transfronterizas y que permita a los Estados trabajar juntos para defender los DDHH afectados.

II. Algunos acontecimientos clave a nivel nacional en 2014

1. *Tendencias en relación con la determinación/reconocimiento de la filiación legal derivada de ISAs*

El impacto de los casos *Mennesson/Labassee* ha sido significativo, sobre todo para los Estados miembros del Consejo de Europa que mantienen una postura más restrictiva. Podemos hablar de una incipiente tendencia hacia el reconocimiento legal de la filiación en los casos de ISAs en circunstancias concretas.

Más allá de Europa, la postura de los Estados ha tendido también a facilitar el reconocimiento o determinación legal de la filiación de los niños con sus padres intencionales, atendiendo al mejor interés del menor. Por ejemplo, en Australia, un juez sostuvo que podía pronunciarse respecto a la filiación legal de un padre intencional biológico (a pesar de la jurisprudencia australiana contraria), puesto que los intereses del niño debían primar sobre las consideraciones de orden público.

2. *Problemas por resolver: límites y cuestiones más generales sobre derechos*

En ausencia de una regulación legal internacional, seguimos teniendo cuestiones sin resolver, como son: (1) ¿Qué restricciones, de imponer alguna, deberían adoptar los Estados receptores en las circunstancias en las cuales reconocerían/determinarían la filiación legal del niño (y/o nacionalidad) en los casos de ISAs? Debemos enfrentarnos al problema de qué harán los Estados receptores europeos a la hora de aplicar los razonamientos del TEDH en los casos que presenten unos hechos diferentes a los de Mennesson/Labasse. Y (2) ¿Qué ocurre con las cuestiones más generales que se suscitan en relación con los derechos? Aunque en muchos casos de 2014 se ha terminado por reconocer el estatus legal del niño (por cualquier método que pueda permitir el Estado receptor), esos casos plantean problemas sistémicos respecto a los DDHH. Los jueces solicitan una regulación uniforme mediante un instrumento internacional que asegure que los derechos de todas las partes implicadas quedan protegidos.

Algunos problemas extremadamente serios en cuanto a derechos, que han seguido planteándose en 2014, incluyen:

- Casos de abandono de niños: ilustran los riesgos inherentes que conllevan los acuerdos de maternidad subrogada para los niños, particularmente en un entorno no regulado. Casos como el del famoso “BabyGammy”, donde unos padres intencionales australianos, tras haber realizado un ISA con una mujer tailandesa, abandonaron al niño por nacer con síndrome de down, resalta la necesidad de discutir muchas cuestiones a nivel internacional, incluyendo lo que debería ocurrir cuando se rompen esos contratos, así como los controles que se deberían llevar a cabo a los padres intencionales antes de permitirles firmar un acuerdo de maternidad subrogada.
- Casos en los que se ha cuestionado la idoneidad de los padres intencionales y en los que han surgido preocupaciones sobre el tráfico de niños: por ejemplo, el caso de un japonés multimillonario que tuvo al menos 16 hijos mediante ISAs en Tailandia o el de un intermediario de la India condenado por vender un niño sin parentesco a sus padres intencionales cuando estos creían que estaban negociando un contrato de subrogación en el que se habrían usado sus gametos para fecundar a la madre de alquiler.
- Casos en los que probablemente los niños no podrán llegar a averiguar quiénes son sus padres biológicos.
- Casos en los que se cuestionan la libertad y el consentimiento informado de las madres de alquiler.
- Casos que demuestran una clara preocupación en relación con intermediarios sin escrúpulos. Muchas noticias de este tipo reiteran la necesidad de que los padres intencionales obtengan asesoramiento legal especializado en todos los casos relativos a los ISAs, ya que este campo es un auténtico polvorín legal.

En la India y en Tailandia la situación actual necesita, ya, una cooperación internacional con Estados receptores clave.

Mirando hacia el largo plazo, los esfuerzos legislativos están en curso para tratar de resolver algunos retos, aunque los proyectos de ley que tenemos actualmente adoptan enfoques muy diferentes en relación con la posibilidad de permitir o no los acuerdos de maternidad subrogada con ánimo de lucro.

La legislación interna no puede solucionar los problemas de un fenómeno tan internacional. Por ejemplo, el “cierre” de Tailandia a los ISAs ha provocado que algunas clínicas y agencias se hayan establecido en Nepal.

La necesidad de una propuesta multilateral real también se ha reafirmado por el número de casos en 2014 en los que han estado involucrados más de dos países (ej.: los padres intencionales residían en un Estado diferente del de su nacionalidad, o quien aportaba el gameto y la madre de alquiler residían en Estados diferentes).

III. Alcance del apoyo al trabajo de la Conferencia de La Haya sobre filiación/maternidad subrogada

Desde el informe de 2014 se ha expresado un mayor apoyo a este trabajo, encaminado a una posible futura legislación internacional, tanto por parte de los Estados como de responsables políticos y jueces.

IV. Medidas futuras

La formación de un Grupo de Expertos para facilitar los nuevos estudios sobre la viabilidad de elaborar un instrumento multilateral en este campo, cuya primera reunión, sugiere la Oficina Permanente, que tenga lugar en la primera mitad de 2016.

V. PRENSA Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

GESTACIÓN SUBROGADA

8 de Julio de 2014. *El País*.

http://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html

¿PUEDE ALQUILARSE UN VIENTRE?

27 de Julio de 2014. *El País*.

http://elpais.com/elpais/2014/07/07/opinion/1404746342_931034.html

Ambas noticias hacen referencia a la polémica existente acerca de la denominación de “vientre de alquiler” para referirse a la “gestación por sustitución” o “gestación subrogada”.

La cuestión es que, estos dos últimos, son los términos correctos para referirnos a esta técnica de reproducción asistida, pero coloquialmente, muchos medios de comunicación suelen emplear el término vientre de alquiler con el que muchos colectivos no están de acuerdo por considerar que atenta contra la dignidad de la familia intencional, contra el hijo nacido de esa técnica y contra la mujer que presta su vientre para que se pueda llevar a cabo la gestación.

La razón principal es la cosificación de la mujer, es decir, se trata a la mujer gestante como un objeto, como la máquina necesaria para poder llevar a cabo ese embarazo, olvidando que es una persona y como tal tiene derechos fundamentales.

Además, las familias que acuden a esta técnica entienden que lo que realizan no es un alquiler, las personas no se pueden alquilar, lo que se hace es que se lleva a cabo una técnica de reproducción asistida en la que la mujer gestante realiza un gran esfuerzo en un acto de solidaridad para con las familias intencionales y por ello estas familias le dan una contraprestación económica para recompensar, en cierto modo, el esfuerzo realizado.

También se apunta en una de las noticias que el término de maternidad subrogada también debe ser cuestionado puesto que el ejercicio de la maternidad o paternidad en ningún momento se subroga, sino que lo que se subroga es la gestación del niño.

EL DERECHO A CONOCER TUS ORÍGENES

20 de Noviembre de 2015. *La Vanguardia*.

<http://www.lavanguardia.com/vida/20151120/30274090193/derecho-conocer-origenes.html>

Se discute sobre el derecho que pueden tener los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida a conocer a sus padres biológicos. En España, la normativa establece que los niños adoptados tienen derecho a conocer a cerca de sus orígenes y que, por tanto, la administración tiene el deber de facilitar los trámites y la información necesaria para que estos hijos puedan hacer uso de ese derecho.

No obstante, la discusión se encuentra en si este derecho es también equiparable para los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida, entre las que se encuentra la gestación por subrogación, o por el contrario, no lo es.

En nuestro ordenamiento, al igual que en el francés, el italiano o el portugués, la donación de óvulos o espermatozoides es anónima por lo que este derecho nunca se podría llevar a cabo. Algo que no es así en otros países occidentales en los que la donación de gametos está sujeta a informar sobre la identidad del donante.

La cuestión es muy controvertida porque cambiar la legislación para que los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida puedan conocer sus orígenes podría dar lugar, como ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, a que las donaciones de gametos se vean reducidas drásticamente ya que esta donación no se podría llevar a cabo de manera anónima.

Pero lo que hay que tener en cuenta es si este derecho a conocer los orígenes va a ser positivo y útil para el hijo nacido de esas técnicas, algo que habrá que discutir para saber si es factible o no un cambio legislativo en este sentido.

CADA SEMANA UNA ESPAÑOLA SOLICITA SER VIENTRE DE ALQUILER

26 de Mayo de 2015. *La Razón*.

<http://www.larazon.es/sociedad/cada-semana-una-espanola-solicita-ser-ventre-de-alquiler-KM9824279#.Ttt1Zla36D10XN3>

La gestación por sustitución se está convirtiendo en una técnica cada vez más demandada por parejas españolas, hasta el punto que, según informa la noticia, en el año 2014 más de 1400 parejas (según el Ministerio de Sanidad) fueron padres acudiendo a esta técnica, lo que supone que el número de parejas que fueron padres por esta técnica fue superior al de aquellos que lo fueron por llevar a cabo adopciones internacionales.

Aunque la gestación por sustitución está prohibida en España, las mujeres españolas cada vez más se ofrecen para prestarse como mujeres gestantes. Algo que en gran medida se puede estar debiendo a la desesperación y la situación económica. Por ello hay que apuntar que, aunque esta técnica fuera legal en España, probablemente estas mujeres que ofrecen su vientre por desesperación o por la necesidad de recibir una contraprestación económica, no serían admitidas como gestantes.

En la mayoría de países que permiten esta técnica, y el modelo típico es California (EE.UU), estas mujeres no serían admitidas como gestantes puesto que para que el proceso se lleve a buen fin se debe garantizar que las mujeres que se ofrecen como gestantes lo hagan por otros motivos que no sean la necesidad económica. Es

cierto que existe una contraprestación económica, pero esta tiene como objetivo recompensar por el esfuerzo realizado por parte de la mujer gestante.

En la UE, recientemente Grecia ha admitido regular la gestación por sustitución, no obstante, dicha legislación aun no otorga la confianza suficiente para llevar a cabo esta técnica en ese país, según algunas clínicas de reproducción asistida. Por otro lado, Reino Unido también regula la gestación por sustitución pero de una manera muy restrictiva y únicamente para nacionales ingleses.

HASTA SEIS PERSONAS PUEDEN RECLAMAR LA PATERNIDAD DE UN BEBÉ NACIDO DE UN VIENTRE DE ALQUILER

27 de Mayo de 2015. *ABC*

<http://www.abc.es/sociedad/20150527/abci-vientres-alquiler-maternidad-subrogada-201505261037.html>

PROFESIONALES POR LA ÉTICA VEN LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO UNA EXPLOTACIÓN

19 de Mayo de 2015. *La Vanguardia*.

<http://www.lavanguardia.com/vida/20150519/54431341171/profesionales-por-la-etica-ven-la-gestacion-subrogada-como-una-explotacion.html>

Estas dos noticias abordan el tema señalando la necesidad de prohibir esta técnica ya que es una nueva manera de explotar a la mujer y de favorecer el tráfico de seres humanos.

La organización de Profesionales por la Ética considera que esta técnica convierte a los niños en “productos comerciales” y a las madres gestacionales en “productos de usar y tirar”.

Se pone de manifiesto que esta técnica está prohibida en la mayoría de países europeos y que tan solo es una minoría social la que está pidiendo la legalización de esta técnica, con lo que mucho más importante que los deseos de esta minoría que demanda la legalización de esta técnica serían los derechos de esos niños y de las mujeres a ser tratados como personas y que, la aprobación de esta técnica, lo que produciría sería la aprobación del tráfico del cuerpo de la mujer y de los niños.

Otro estudio de esta misma organización de Profesionales por la Ética pone de manifiesto que en esta técnica pueden ser hasta seis personas las que reclamen la paternidad de esos niños: la madre biológica donante de óvulos; la madre gestante; la madre intencional; el padre biológico donante de esperma; el marido de la madre gestante que tiene presunción de paternidad; y el padre intencional.

Además, explica esta organización el enorme negocio que genera la gestación por sustitución el cual debe considerarse éticamente reprochable al sustentarse sobre la explotación del cuerpo de la mujer y el tráfico de seres humanos.

INDIA SOPESA PROHIBIR LOS VIENTRES DE ALQUILER A CIUDADANOS EXTRANJEROS

28 de Octubre de 2015. *El País*.

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/28/actualidad/1446053474_841366.html

Debido al gran auge que está teniendo esta técnica de reproducción asistida, un gran número de parejas extranjeras acuden a India para llevar a cabo la gestación de sus hijos. La principal razón son los menores costes de la gestación por sustitución en este país. Cerca de 35000 € de coste frente a los 150000 € que puede costar en California.

No obstante, el gobierno indio estudia prohibir este tipo de contratos a parejas extranjeras a pesar de que la gestación por sustitución se ha convertido en una fuente de ingresos muy importante para India. La razón de esta posible prohibición radica en que en la mayoría de los casos las mujeres gestantes prestan su vientre únicamente por razones económicas ya que la pobreza entre la población en India es muy elevada

BIBLIOGRAFÍA:

- **MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA:**
<http://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/biblioteca-de-salud/ginecologia/exploraciones-ginecologia/san041995wr.html> (Última visita: 8/01/2016)
- <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>
- **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**
- **INSTITUTO BERNABEU:** <https://www.institutobernabeu.com/es/ib/legislacion-espanola-de-reproduccion-asistida/> (última consulta 24/10/2015)
- **BIOÉTICAWEB, LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO EUROPEO:**
<http://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/>
(última consulta: 25/10/2012)
- **BD DIGITAL:** http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf

- **VELA SÁNCHEZ, A.J.**, “*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*”, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp.1 y 2
- Situación actual de la gestación por sustitución. REVISTA DERECHO DE LA UNED, núm. 14, 2014. Pág. 902
- **ELEONORA LAM.** “*GESTACIÓN POR SUSTITUCION. Realidad y derecho*” INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO. 3/2012. Pág. 5
- **MARÍA JOSÉ RUBIO SANCHÍS.** TFM “*GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. LA SITUACIÓN DE LA MUJER GESTANTE*”. SALAMANCA, 2012
- **Surrogacy Arrangements Act 1985.** <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>. Última consulta: 20/02/2013.
- **ELEONORA LAM.** “*GESTACIÓN POR SUSTITUCION. Realidad y derecho*” INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO. 3/2012. Pág. 7
- **C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO.** “*Derecho Internacional Privado*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 434- 467¹ **I. GARCÍA PRESAS.** “*El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil*”, Universidad de A Coruña, pp. 237-265.
- **HccH.** “*Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada*”, Documento preliminar N° 3. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3pt.pdf> [Última visita: 30/12/2015 a las 12:00 horas]
- **JIMENEZ MUÑOZ, F.J:** “*denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la sts 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (rj 2014, 736)*”. Revista Boliviana de Derecho ISSN-e 2070-8157, N°. 18, 2014, págs. 400-419.
- **DURÁN AYAGO, A.:** “*Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*”. Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado, ISSN-e 2444-3220. N° 2 2015
- **A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA.** “*La solución del derecho internacional privado español a los “vientres de alquiler” autorizados en el extranjero*”, Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 15, 2015.
- **LAMN, E:** “*Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su Impacto*”. Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad. Vol. 2, 43-50 Diciembre 2014 ISSN-e: 2340-5155
- **CALVO CARAVACA, A.L; CARRASCOSA GONZALEZ, J:** “*Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009*”. Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, Vol. 1, N°. 2, 2009, págs.294-319.
- **BATALLER RUIZ, E:** “*Reconocimiento en España de la filiación por Gestación de sustitución*”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 777-789
- **LAMM, E:** “*Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*”. Indret, Revista para el Análisis del derecho.

- **CORN, E:** “*La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga*”. Revista bioética y derecho ISSN: 1886-5887
- **BARBER CÁRCAMO, R,** “*Reproducción asistida y determinación de la filiación*”. Redur 8, diciembre 2010, págs., págs. 25-37. ISSN 1695-078X
- **DURÁN AYAGO, A.:** “*Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*”. Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado, ISSN-e 2444-3220. Nº 2 2015
- **JIMENEZ MUÑOZ, F.J:** “*denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la sts 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (rj 2014, 736)*”. Revista Boliviana de Derecho ISSN-e 2070-8157, Nº. 18, 2014, págs. 400-419.
- **A.DURÁN AYAGO,** “*Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labasse c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución*”, Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Vol.2, Nº 2, 2014, págs. 280-282. Dialnet digital [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2015] Disponible en http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156
- **J. FLORES RODRÍGUEZ,** “*Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa*”, Diario La Ley, Nº8363, 2014. Diariolaley [fecha de consulta:19 de noviembre de 2015] Disponible en http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasgcplVmVdZhZAzO2dvPfee
- **S. ROURA GÓMEZ,** (14 de julio de 2014) “*Gestación subrogada y derechos del menor*”, *El País*, [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2015], disponible en http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html.
- **CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.** (2011). *Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. Cuadernos de derecho transnacional, 3, pp. 247-262.
- **A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA.** “*La solución del derecho internacional privado español a los “vientres de alquiler” autorizados en el extranjero*”, Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 15, 2015.

“Procesos sucesorios con elemento internacional”

Coordinado por Lucía Martín Polanco

© Seminario realizado por

Ariadna González Hernández
Soledad González-Orus Charro
Blanca Izquierdo González
Cándido Jiménez Nacimiento
Carlos de Jorge Pérez
Paola Laitinen Cuevas
Sara López Sánchez
Laura Macías de la Calle
Mercedes Mancha Pulido
Ana María Martín Gonzalo
Lucía Martín Polanco
Fernando Melero Millán
Emiliano Miranda Ruiz
Marta Zaballos del Río

I. Derecho comparado y derecho de sucesiones

Se trata de un tema complejo en el Derecho Internacional Privado ya que hay grandes diferencias en las legislaciones de cada país.

Cada estado posee una regulación diferente, enmarcándose principalmente en los tres grandes tipos de sistemas de regulación de sucesiones: el románico, el anglosajón y el germano.

Así por ejemplo, en los países anglosajones existe libertad total de testar, no existe la legítima.

Otro problema que surge en el tema de sucesiones en Derecho Internacional Privado es el de que no existe **Registro de Últimas Voluntades** en algunos países. No se puede tener un certificado de última voluntad que indica cuál es el último testamento. En los países anglosajones en los que no existe tal registro aparece el problema a la hora de querer saber el último testamento. El mismo problema que se plantea con los testamentos ológrafos. En Inglaterra, la Corte Suprema Inglesa analiza los testamentos y a través de un auto señala cuál es el válido. Para hacer valer en España este auto hay que proceder al reconocimiento y todos los documentos deben ser legalizados o tener la apostilla.

En los países en los que no existe **la legítima**¹³², si no existe testamento antes de que herede el Estado le corresponde heredar a los descendientes. Pero en España, por ejemplo, no se puede abrir la declaración de herederos de un británico, hace falta el auto de la Corte Suprema Inglesa. Una vez apostillado y traducido se puede llevar ante el Notario español para elevarlo a escritura pública.

En materia de sucesiones, tenemos que tener en cuenta **el Reglamento (UE) 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo**.

Fue aprobado el 4 de Julio de 2012, aplicado a partir de 17 de Agosto de 2015 en todos los estados de la Unión Europea a excepción de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido.

El ámbito de aplicación material se regula en el artículo primero del mismo, y dice que se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas.

En el artículo 1.2 enumera una serie de materias que quedan expresamente excluidas como el estado civil de personas físicas y jurídicas, cuestiones relativas a regímenes matrimoniales, validez formal de disposiciones emitidas oralmente, alimentos...

Este Reglamento ha unificado las resoluciones tan dispares que existían en los distintos estados de la UE.

Por ejemplo, en España se aplica una sola ley para regular la sucesión, con independencia de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes hereditarios.

Era importante también determinar qué tribunales eran los competentes, pues dependiendo del país la solución podría pasar por ser una libertad absoluta de testar, o un sistema de legítimas, debido a la profunda disparidad de regímenes sucesorios de los distintos países.

También este reglamento ha simplificado el procedimiento de liquidación y reparto de los bienes hereditarios a través del certificado europeo.

Entre las características esenciales de este reglamento podemos encontrar la autonomía (se configura como un sistema autónomo, dotado de sus definiciones y funcionamiento); sistema global y coherente-, carácter exclusivo (no dejan lugar a la aplicación subsidiaria de las normas de producción interna); y su carácter erga omnes¹³³, que vinculará todos.

El artículo 3 da una serie de definiciones de importancia que debemos tener en cuenta, como que entendemos por sucesión, por pacto sucesorio, por testamento mancomunado, por disposición mortis causa, por estado miembro de origen, documento público etc.

Procederemos a explicar los distintos sistemas sucesorios en los diferentes estados, comparando como sistemas fundamentales el sistema anglosajón, el románico y el germano.

1. Sistema románico

El derecho sucesorio regula la disposición de los bienes patrimoniales de un individuo al momento de su muerte, denominado causante.

¹³² Legítima, Constituye aquella parte de los bienes de la persona que otorga testamento, que la Ley reserva obligatoriamente para determinados herederos, denominados herederos forzosos o legitimarios. □ La legítima podrá variar dependiendo de la situación familiar del testador en el momento de su fallecimiento.

¹³³ Locución latina que significa «contra todos» o «frente a todos».

Nuestro sistema de sucesiones, nos remite a Roma, donde los lazos familiares eran muy fuertes, con un fuerte control del *pater familias*, dueño de todo el patrimonio familiar.

Los demás miembros de la familia estaban sometidos a él y dependían de él. Cualquier negocio o actividad que ejercieran lo hacían en su nombre, cuyo patrimonio, a su muerte, se repartía entre los hijos varones que se convertían en *pater familias* de sus respectivos hogares.

Dada esta estructura familiar, era esencial en Derecho romano asegurar que los hijos tuviesen participación en la herencia. Por eso, se establecían asignaciones forzosas a favor de los hijos como forma de asegurar su supervivencia económica.

En nuestra actual regulación, se crea también una segunda asignación forzosa a favor de los padres (un 50% del patrimonio), pudiendo disponer libremente de la otra mitad.

El cónyuge sobreviviente no es asignatario forzoso: accede a su participación en la liquidación conyugal (sobre la que goza de cierta preferencia en la selección de los bienes), y comparte con los ascendientes del difunto la segunda preferencia en las sucesiones intestadas. En lo demás solo puede aspirar a una asignación testamentaria limitada en su valor por hasta el 25% del avalúo patrimonial.

La sucesión en España puede **ser testada e intestada**. La sucesión testada, es voluntaria, por tanto, la persona del sucesor ha sido designada libremente por el difunto en un testamento.

En la intestada, no existe testamento o habiéndolo es insuficiente para que se produzca la sucesión. La ley llama en estos casos a herederos a ciertas personas (cónyuge viudo, parientes hasta cierto grado, y el estado).

Por tanto, se abre la sucesión intestada o legítima en todos los casos en que la institución de heredero no llegue a tener efectividad.

Esos son los dos tipos de sucesión que existen en nuestro ordenamiento jurídico, regulados en el título IV del código civil.

Otra característica de nuestro sistema sucesorio es la unidad, el juez es competente para conocer la totalidad de la sucesión del causante con independencia del lugar de situación de los bienes y de su naturaleza.

Los principios que imperan en nuestro sistema son **la unidad y la universalidad**, con el fin de proteger a los herederos españoles en sucesiones de españoles fallecidos en el extranjero.

Además de la unidad y universalidad de la sucesión, en España rige un sistema de **respeto a las legítimas**, y es que es un límite a la libertad del causante que nunca podrá dejar sin herencia a su cónyuge y algunos parientes.

2. **Sistema anglosajón**

En cambio, en el derecho anglosajón, las relaciones familiares se desarrollaron de manera distinta. Denominados “bárbaros” por muchos siglos debido a su relativo nomadismo y ausencia de estamentos básicos de civilización, sus lazos familiares se estructuraron sobre la necesidad de ser independientes y libres.

Los anglosajones no tuvieron alguna noción similar al “*pater familiae*”. Al contrario, ellos inculcaron a sus hijos la necesidad de ser fuertes, independientes y libres para participar de igual a igual en los saqueos.

Hoy en día, por ejemplo, en Estados Unidos, el 55% de la población mayor de 30 años tiene testamento, hay mucha cultura testamentaria. Respecto a bienes conyugales, vale mencionar una figura interesante que podríamos considerar en nuestro país: es el llamado “**joint tenancy with right of survivorship**”.

Es un régimen especial de copropiedad por el que, a la muerte de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al cónyuge sobreviviente, sin importar los herederos del causante y sin que el causante pueda disponer de esos bienes en su testamento. En los matrimonios, se presume que los bienes adquiridos fueron adquiridos bajo esta modalidad. El régimen de copropiedad opuesto, llamado “**tenancy in common**”, debe constar en el título de propiedad.

Así, si a un causante le sobrevive su cónyuge y un hijo de primer matrimonio, y en el título de la casa constan ambos cónyuges sin indicación del régimen de copropiedad, se presume que los cónyuges adquirieron bajo la primera modalidad, y por tanto el bien pertenecerá exclusivamente al cónyuge sobreviviente sin que el hijo o ningún otro heredero, aun testamentario, tuviera derecho alguno en la propiedad. En este caso el hijo del causante, como heredero, solo podría reclamar bienes que pertenecieron al causante sea exclusivamente o bajo el régimen de la segunda modalidad, donde tendría derecho a una alícuota del 50% del bien.

El cónyuge sobreviviente tiene además derecho a una porción del patrimonio del causante, independientemente de lo dispuesto en el testamento. Esta porción, llamada “**elective share**”.

El sobreviviente es libre de escoger los bienes hasta por un valor equivalente a su porcentaje de asignación forzosa. En lo demás, si el cónyuge sobreviviente no tiene casa propia, puede reclamar un usufructo vitalicio (“life estate”) sobre cualquier casa del causante. Sin embargo, este usufructo se pierde si el sobreviviente no ha residido en la casa por un año.

Respecto de los hijos del causante no existen asignaciones forzosas. El causante puede a su arbitrio desheredar a cualquier hijo, o inclusive desheredarlos a todos, sin necesidad de explicación. En caso de hijos menores de edad, estos sólo podrían (a través de sus curadores o custodios) reclamar alimentos contra la herencia, y únicamente hasta la mayoría de edad.

En el caso de herencias intestadas, el cónyuge sobreviviente tiene derecho exclusivo sobre los primeros \$ 60,000 de la herencia, independientemente de la existencia de otros herederos. En lo que exceda de dicho monto, los herederos llamados a la sucesión intestada siguen una prelación similar a la nuestra.

Por último, no existe asignación forzosa a favor de los padres del causante. Cabe mencionar que de acuerdo a la legislación americana, los hijos no están obligados a alimentar a sus padres en necesidad.

La ley británica distingue para la sucesión entre los **bienes muebles e inmuebles**. A los bienes muebles se le aplica la ley de la última residencia del causante y a los inmuebles, la *lex soli*¹³⁴.

En Reino Unido la regulación de la sucesión se encuentra en la jurisprudencia y en la costumbre.

En 1951 se dictó una sentencia que admitía la existencia de dos testamentos con lo que se podía romper el principio de universalidad. Desde 1988 y ante el aumento de los recursos contra sucesiones británicas, el TS no acepta el reenvío. El principal problema es demostrar que el fallecido no tiene bienes en otro país; no se puede pretender que notarios o registradores hagan comprobaciones de este tipo. Pero también hay otro problema que es el concepto de última residencia. En Italia, Francia o Alemania, la residencia es distinta al domicilio; la residencia es donde uno está empadronado y el domicilio donde vive. En Reino Unido sólo se habla de domicilio y en España la residencia coincide con el domicilio. El art 40 del CC, establece: “Para el

¹³⁴ Lugar en que se encuentran los bienes inmuebles que son propiedad del fallecido.

ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”

Otra institución importante en los países del Common law, es **el trust**. Es de tal importancia que se regula como un ámbito más del derecho privado.

Existe **un convenio de La Haya de 1 de julio de 1985**, sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, que pretende eliminar o al menos simplificar los problemas derivados del desconocimiento de esta institución en muchos ordenamientos jurídicos.

La función del trust, puede ser diversa.

El trust testamentario consiste en que **el testador (settlor)** otorga la propiedad de los bienes objeto de la sucesión a un **trustee (fiduciario)** para que los administre a favor del cónyuge supérstite, a favor de los hijos o de cualquier otra persona (beneficiarios).

Incluso, el trustee puede ser uno de los beneficiarios con tal de que no sea el único.

Ahora bien, si el testamento incluye la designación de trustee, aunque este nombramiento este sujeto a un control judicial de autenticidad y validez formal, la distribución de los bienes debe responder a los términos y plazos previstos en el documento constitutivo.

De no mediar trust testamentario, el derecho anglosajón establece de todos modos la existencia de un exequátur nombrado judicialmente para que actúe en interés el cónyuge viudo y de los hijos menores, procediendo a liquidar las deudas y distribuir los bienes entre los herederos conforme al orden sucesorio previsto por la ley.

Es lo que se llama **trust for sale**.

Se constituye en los supuestos de sucesiones intestadas a efectos de liquidación del pasivo hereditario y distribuir el activo entre los herederos.

No tiene origen en un negocio jurídico o en una decisión judicial sino concretamente en una previsión normativa específica.

En este caso, judicialmente se nombra a un administrador o ejecutor judicial, el executor trustee, que debe conservar y liquidar el patrimonio del causante como propietario fiduciario, para distribuir definitivamente los bienes hereditarios.

Este procedimiento se llama **probate**.

La herencia no pasa directamente a los herederos como ocurre en los sistemas europeos continentales.

Junto al trust testamentario se puede hablar del trust inter vivos, se crea mediante un acto jurídico unilateral de transferencia de la propiedad al trustee, para que desempeñe funciones de acuerdo con lo establecido en el documento constitutivo del trust.

Se trata de administrar el patrimonio familiar durante un largo periodo de tiempo, al menos dos generaciones, de forma que produzca efectos en relación a los hijos del constituyente y a la muerte de estos, en relación a los nietos el constituyente.

Es una auténtica alternativa al testamento desde un punto de vista funcional, escapando del probate que es un procedimiento muchos más costoso, lento y sin publicidad de sus disposiciones.

En el ordenamiento jurídico español el trust es una institución desconocida por ello surgen problemas a la hora de determinar la norma de conflicto en España.

En este caso, la figura del trust no puede considerarse equivalente a un negocio fiduciario, que es la única institución española a la que podría asemejarse por el principio de confianza en el que se basan ambas instituciones.

El mecanismo válido es el de **la calificación por la función**, se trata de descubrir la función que le trust cumple conforme al ordenamiento jurídico en virtud del cual se ha instituido, para en una segunda fase, buscar una institución en el derecho

español que desarrolle la función que el trust despliega en el ordenamiento extranjero conforme al que se ha constituido, o al menos que sea funcionalmente equivalente.

Por tanto, podrá subsumirse en la norma de conflicto española reguladora de la sucesión internacional, el artículo 9.8 del código civil. Y en este caso podría aplicarse ya que el Reglamento de sucesiones excluye la regulación de los trusts .

Aunque se trate de una institución desconocida en el ordenamiento español, no existe problema para otorgarle validez al trust. Ahora bien, lo que no puede imponerse nunca como límite al trust son las legítimas previstas por la *lex fori*, pues las legítimas no son consideradas como de orden público internacional.

Se trata de ordenamientos jurídicos, los angloamericanos, cuyo derecho sucesorio se basa en el principio de libertad de testar, con los cual la figura del trust no encuentra limitados sus efectos en las legítimas inexistentes en esos ordenamientos jurídicos.

La única previsión sucesoria que podría considerarse como parte del orden público internacional español es la del artículo 781 CC, donde se admiten las instituciones fideicomisarias pero solo hasta segundo grado.

3. **Sistema sucesorio germánico**

En el sistema germánico la persona adquiere *ipso iure*, de forma automática. Si se acepta la herencia, confirmo la adquisición realizada.

Se elimina la posibilidad de la herencia yacente; el patrimonio tiene siempre al heredero como titular.

Por tanto, la aceptación tiene un contenido negativo: renuncia el derecho a repudiar.

Sin embargo, la repudiación tiene un efecto negativo: destruye la adquisición producida.

De tal manera, para no adquirir hay que rechazar expresamente.

En Alemania, país que hemos tomado como modelo del sistema sucesorio germánico, hay dos situaciones:

- Que haya un certificado de heredero.
- Que exista un testamento.

El **Certificado de Heredero** es el título sucesorio común a la herencia, testada o intestada. Denominado ERBSCHHEIN, el documento es expedido por el Juzgado sucesorio donde el fallecido tenía su último domicilio y si el fallecido estaba en el extranjero, será expedido por el Juzgado Central de Berlín.

En el Certificado de Heredero constará quiénes son los herederos y las cuotas de participación que les corresponde.

Características del ERBSCHHEIN:

- Es un acto de jurisdicción voluntaria, a instancia de cualquier interesado en la herencia.
- No es definitivo, puede ser modificado por el propio juez o anulado, si aparecen otras pruebas diferentes.
- Su función es dar prueba al titular de su condición de heredero y generar protección al adquirente de buena fe.

En caso de existir **testamento** habría que diferenciar entre:

➤ Testamento otorgado en documento público, junto con la notificación del Juzgado competente sobre la apertura de testamento. En este caso no suele ser preciso solicitar la expedición del ERBSCHHEIN al Juzgado.

➤ Testamento ológrafo, junto con la notificación del Juzgado competente sobre la apertura de testamento. Es título suficiente excepto para solicitar inscripción en el Registro de la Propiedad alemán, ya que para ello se exige testamento otorgado en documento público junto a la notificación del Juzgado competente o el Certificado de heredero, en virtud del art. 35 de la Ley del Registro de la Propiedad.

En cuanto a los **requisitos formales** del testamento, pueden ser en documento privado escrito a mano, exigiéndose en todo caso que en el mismo conste la fecha, lugar y la firma; o en documento público.

El **testamento** en el ordenamiento jurídico alemán puede ser individual o entre esposos.

En cuanto a los testamentos comunes entre esposos, si son ológrafos, es suficiente que uno de ellos lo escriba y el otro ratifique. Los esposos pueden acordar la obligatoriedad recíproca.

Además, el Código Civil alemán establece la posibilidad de que el testador suscriba un **contrato sucesorio**.

– Deberá otorgarse en documento público.

– Con la firma de éste, quedan revocados automáticamente los testamentos otorgados con anterioridad.

Restricciones a la libertad de testar.

En el **sistema sucesorio alemán**, la libertad de testar es absoluta. El testador puede excluir a su esposo e hijos de la sucesión legal, con la consecuencia de que únicamente se convierte en heredero la persona designada en el testamento o contrato de sucesión. Aunque en este caso el Código Civil alemán dispone que el esposo/a o descendiente excluido de la herencia tiene derecho a la legítima. Y si no existen descendientes, también tendrán los padres un derecho de legítima.

La legítima es sólo un derecho a una reclamación dineraria que puede ser ejercitado por el legitimario frente al heredero, pero cuyo ejercicio es voluntario y no imperativo. Este derecho de reclamación prescribe a los tres años a contar desde el fallecimiento del testador.

En este caso, vemos otra diferencia clara con respecto al sistema sucesorio español, ya que en nuestro país siempre habrá un derecho de legítima y los legitimarios en orden serán según el art. 807 CC:

1. Hijos y descendientes.
2. Padres y ascendientes.
3. Viudo/a.

En España existe la figura de *petición de la herencia*, sin embargo ésta puede ser pedida por cualquier heredero, debiendo haber aceptado. Es decir, se produce una vez ha aceptado la herencia.

En España se establece de carácter imperativo para estas personas, lo cual demuestra que no hay una libertad absoluta para testar.

Partición de la herencia.

Si hay una **comunidad de herederos**, corresponde a estos de común acuerdo la partición y adjudicación. Si no hay acuerdo, cualquiera de ellos puede acudir a los tribunales e instar el procedimiento de partición y adjudicación de herencia.

Si se nombra **albacea testamentario**, compete únicamente a éste la partición y adjudicación de los bienes de la herencia. Debe cumplir con la voluntad del testador.

A éste le corresponderán todos los derechos de partición, adjudicación, administración, pago de deudas, entrega de legados y deposición de los bienes.

En el sistema español, en cambio, se prevén otras figuras que puedan realizar la partición de la herencia además de las que tiene el ordenamiento alemán:

- Puede ser una partición hecha por el **propio testador**. Siempre respetando las legítimas.
- Hecha por **comisario o contador partidor**.
- Los coherederos pueden acudir:
 - Al contador dativo.
 - A la partición arbitral
 - Partición judicial.

Sucesión intestada.

En el **ordenamiento jurídico alemán** se distinguen distintos órdenes, en concreto tres:

Primer orden. En primer orden los herederos legales serán el cónyuge ($\frac{1}{4}$ herencia y $\frac{1}{4}$ partición de ganancias), y la otra mitad de la herencia corresponde a los hijos por partes iguales.

En caso de haber fallecido alguno de los hijos, o todos ellos, sus descendientes serán los herederos. Y en caso de no existir éstos, acrece su parte a los demás coherederos.

Segundo orden. Si no hay descendientes, junto con el cónyuge, lo serán los padres del difunto o de haber fallecido alguno de ellos, los hermanos del difunto.

Tercer orden. Los abuelos del difunto en partes iguales. Si alguno de ellos hubiera fallecido, lo serían sus descendientes.

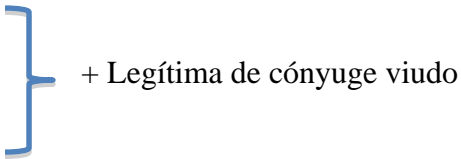
En **España** seguimos un sistema personal, y utilizamos clases, órdenes y grados para la sucesión intestada.

Tres clases de herederos:

- Por parentesco. Ascendientes, descendientes y colaterales.
- Por matrimonio. Cónyuge viudo.
- Por criterio de nacionalidad del fallecido. El Estado.

Solo se podrá ordenar a los parientes. Y se hará por grados, es decir, por su proximidad al fallecido. Se debe seguir un orden de llamamientos y el grado más próximo excluirá al más lejano.

El orden de llamamiento será:

1. Descendientes
 2. Ascendientes
 3. Cónyuge
 4. Colaterales hasta el 4º grado
 5. Estado
- 

Es un sistema complejo, en el cuál no entraremos más en profundidad.

Registro de Actos de Última Voluntad

Otra diferencia del sistema alemán con respecto al ordenamiento jurídico español, en materia de sucesiones, viene dada por el hecho de que en España tenemos un Registro Central de Actos de Última Voluntad. En Alemania no existe este registro como tal, sino que el sistema es algo más complicado.

En caso de que el testador lo deseara, podría depositar su testamento en cualquier Juzgado de primera instancia que estime oportuno. Aunque esta competencia se ha delegado a los Notarios.

El Juzgado alemán cuando reciba la solicitud deberá comunicar al Registro Civil del lugar de nacimiento del testador, o al Juzgado Central de Testamentos de Berlín si el testador no hubiere nacido en Alemania.

Otras cuestiones referidas al ERBSCHHEIN

¿Sería necesario aportar el ERBSCHHEIN en las **sucesiones de alemanes con bienes en España**? Hay distintas posiciones jurídicas, pero el art. 9.1 del Código Civil señala que la sucesión se regirá por la ley nacional del causante, aunque a raíz de la elaboración y entrada en vigor del Reglamento, será éste de aplicación y a falta de aplicación de éste, la sucesión se regirá por el art. 9.8 CC, y por ello algunos entienden que dicha ley ha de aplicarse en su integridad a las sucesiones abiertas en España, y por tanto se entiende que se debe aportar siempre el Certificado de Heredero previsto en la legislación alemana.

El ERBSCHHEIN en el futuro puede ser uno de esos títulos sucesorios que sea reconocido automáticamente por todos los Estados, pero por el momento es sólo un documento útil para casos dudosos o para adelantarnos quién será el heredero, por aplicación del derecho material sucesorio alemán.¹³⁵

II. Notas características del Reglamento (UE) 650/2012

1.- Iter legislativo del Reglamento (UE) 650/2012.

El objetivo o la necesidad con la que surge el Reglamento (UE) 650/2012 de 4 de julio, es el buen funcionamiento del mercado interior, suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que hoy en día tienen dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas.

Para alcanzar esos objetivos, según del Considerando 7 y 8 del presente Reglamento, éste, debe reunir las disposiciones sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de las

¹³⁵ Alfonso de la Fuente Sancho, Notario de San Cristóbal de La Laguna (Tenerife), www.notariosyregistradores.com, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/erbschein.htm>

resoluciones, los documentos públicos y las transacciones judiciales, así como sobre la creación de un certificado sucesorio europeo.

Sin embargo, a lo largo de la historia, debemos señalar que no es este el primer instrumento que se crea y expresa la necesidad de regular el ámbito de sucesiones mortis causa, ahora, no es hasta 1998 con el Plan de Acciones de Viena, cuando se contempla como elemento fundamental la amortización del derecho de sucesiones. Según éste, la cooperación judicial en materia civil es fundamental para el “espacio de justicia”, puesto que gracias a ésta la Unión Europea pretende conseguir una mayor seguridad jurídica, llevando a cabo un fácil acceso a la determinación de la jurisdicción competente y al Derecho aplicable, así como a los procedimientos de reconocimiento y ejecución rápidos y eficaces¹³⁶.

Anterior al Plan de Acciones de Viena, siempre se había optado por no contemplar la regulación este sector del Derecho civil en materia internacional. Pues el Convenio de Bruselas de 1968 excluyó de su ámbito de aplicación los temas referidos a sucesiones y testamentos. Y lo mismo ocurría en el Convenio de Lugano de 1988.

El Consejo Europeo de Tampere reunido los días 15 y 16 de octubre en 1999, consideraba que la mejor forma para asegurar la cooperación judicial en la materia civil, era mediante el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y aproximación de las legislaciones, para ello se estableció un programa concreto para su consolidación utilizando las posibilidades que ofrecía el Tratado de Ámsterdam.

Aun así, no es hasta el año 2000 con el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y aproximación de las legislaciones, cuando se propuso la ampliación al ámbito de materia de sucesiones y testamentos.

A continuación la Comisión Europea encomendó realizar un estudio sobre el derecho internacional de sucesiones en la Unión Europea, el cual fue entregado en noviembre de 2002. El resultado de dicho estudio, fue el Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de sucesión. Con él se realizaba una consulta pública con el fin de responder a los problemas concretos de los ciudadanos en materia de sucesiones y testamentos, incluida la cuestión de competencia, reconocimiento mutuo y ejecución de las resoluciones en este ámbito, un certificado de herencia europeo y un mecanismo que permita el conocimiento preciso de la existencia de las últimas voluntades y testamentos de los residentes de la Unión Europea. En dicho Libro se preguntaba fundamentalmente sobre la ley aplicable y los criterios de vinculación así como sobre la competencia de los tribunales, con el fin de elaborar un posible instrumento comunitario. El Libro Verde presentaba soluciones para facilitar los aspectos administrativos de una sucesión por medio de un certificado europeo de heredero y el registro de los testamentos¹³⁷.

El Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, adoptó un nuevo programa denominado: el Programa de la Haya que igualmente destacó la necesidad de un instrumento el cual englobara todas las cuestiones relacionadas en materia de sucesiones y que se basase en los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, solidaridad y respeto de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros.

¹³⁶ ORTIZ HERRERA, S. “El reglamento europeo de sucesiones. Tribunales competentes y ley aplicable. Excepciones al principio general de unidad de ley” (2013) pp. 5-6

¹³⁷ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. “El Reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos (en línea): breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española”. En: Revista jurídica de Asturias, ISSN 0211-1217, N° 37, 2014, p. 100-101

Años después, en diciembre de 2009, el Consejo Europeo se volvió a reunir, pero esta vez en Bruselas, donde adoptó un nuevo programa plurianual denominado "Programa de Estocolmo". Éste refrendó la necesidad de un instrumento europeo que ampliase el principio de reconocimiento mutuo a materia de sucesiones.

El 14 de octubre de 2009 se presentó la Propuesta del Reglamento sobre la jurisdicción, legislación aplicable y reconocimiento de decisiones y medidas administrativas en materia de sucesiones y donaciones. Antes de la presentación, la iniciativa para adoptar este instrumento recibió el apoyo del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social Europeo.

Finalmente el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2012, aprobó en primera lectura su posición sobre la propuesta del Reglamento. Dicha Reglamento fue adoptada en el Consejo JAI de 7 de junio de 2012 y publicado en el DOUE el 27 de julio de ese mismo año. Será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012, así aparece recogido en su artículo 84.

Este Reglamento, el cual intenta regular de forma completa las sucesiones mortis causa internacionales, supone la culminación de un largo proceso.

2.- Caracteres más relevantes del Reglamento (UE) 650/2012.

En cuanto a sus caracteres más relevantes, en primer lugar, podemos señalar que el Reglamento (UE) 650/2012, constituye una norma central del Derecho europeo en la regulación de sucesiones mortis causa con el objetivo como hemos señalado anteriormente de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, suprimiendo los obstáculos a la libre circulación y el éxito de las sucesiones mortis causa internacionales. Además dicho Reglamento, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo da uniformidad a los Estados miembros donde es aplicable.

Respecto al ámbito de aplicación del Reglamento, en primer lugar, éste se aplicará respecto a las materias que se regulan en el artículo primero del mismo, y dice que se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas. Respecto al ámbito de aplicación temporal, dicho Reglamento, entró en vigor el 16 de agosto de 2012 y según su artículo 84 será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015. En cuanto al ámbito de aplicación territorial, Reino Unido, Dinamarca e Irlanda no participaron en la adopción de éste y por lo tanto no quedan vinculados a su aplicación.

En el artículo 1.2 enumera una serie de materias que quedan expresamente excluidas como el estado civil de personas físicas y jurídicas, cuestiones relativas a regímenes matrimoniales, validez formal de disposiciones emitidas oralmente, alimentos...

Este Reglamento ha unificado las resoluciones tan dispares que existían en los distintos estados de la UE.

Por ejemplo, en España se aplica una sola ley para regular la sucesión, con independencia de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes hereditarios.

Era importante también determinar qué tribunales eran los competentes, pues dependiendo del país la solución podría pasar por ser una libertad absoluta de testar, o un sistema de legítimas, debido a la profunda de disparidad de regímenes sucesorios de los distintos países.

También este reglamento ha simplificado el procedimiento de liquidación y reparto de los bienes hereditarios a través del certificado europeo.

Ahora, entre las características más esenciales¹³⁸ de este reglamento podemos encontrar:

Que este Reglamento es obligatorio y directamente aplicable para todos los Estados miembros que participan en el mismo.

En segundo lugar, otro de los caracteres más importantes de este Reglamento es que se trata de un reglamento “triple”, puesto que se encarga de regular tres cuestiones fundamentalmente, que son:

- La competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros participantes en el mismo.
- La determinación de la ley estatal aplicable al fondo o sustancia de la sucesión mortis causa.
- El reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades de los Estados miembros participantes relativas a las sucesiones mortis causa.

Esta triple regulación de los diferentes sectores del Derecho Internacional Privado, garantiza una mayor coordinación respecto a las soluciones jurídicas adoptadas en este sector sucesorio, beneficiando tanto a las autoridades encargadas de aplicar el Reglamento, como a los particulares afectados.

El Reglamento 650/2012 tiene efectos jurídicos erga omnes. Regula la competencia internacional de los Estados miembros en materia sucesoria, con independencia de la nacionalidad, domicilio y la residencia habitual del causante y de las partes implicadas.

Además, es también indiferente que la Ley designada por el Reglamento para regular la sucesión mortis causa, sea o no la Ley de un Estado miembro. Sin embargo, el Reglamento solo regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones entre los Estados miembros participantes en el mismo, no entre terceros estados.

Dicho Reglamento constituye una norma de derecho internacional privado. Porque no unifica los derechos sustantivos de los Estados participantes que regulan la sucesión mortis causa, sino que cada Estado mantiene su derecho sustantivo en esta materia. Hay que hacer mención aquí al Considerando 6. Recuerda que el reglamento tiene en cuenta los sistemas judiciales de los Estados miembros. En consecuencia, este Reglamento solo contiene normas de derecho internacional privado y solo regula las sucesiones mortis causa internacionales.

En lo relativo a la regulación del fondo de las sucesiones mortis causa internacionales el reglamento no emplea normas materiales o sustantivas, éste solo recoge normas de conflictos perfectamente multilaterales, tales normas designan la Ley Estatal aplicable a las sucesiones mortis causa internacionales

3.- Analizar la definición de los conceptos utilizados en el Reglamento.

Para una mayor comprensión de los conceptos clave que se encuentran en este Reglamento 650/2012, se ha elaborado una lista de los mismos en el artículo 3 bajo el nombre de “definiciones”. Nos encontramos pues, ante una lista de definiciones dadas por el legislador para facilitar la precisión a la hora de aplicar el presente Reglamento. Puesto que estas definiciones o calificaciones tienen una especial relevancia y su adaptación al Derecho Internacional Privado, debemos tener mucho cuidado a su interpretación con arreglo al Derecho Nacional de un Estado miembro, ya que no

¹³⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial” (en línea). En: Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, Vol. 6, Nº 1, 2014, p. 8-10

siempre tiene coincidencia el contenido asignado a un concepto, aunque tengan la misma terminología. Por lo que, deberemos estar a la jurisprudencia del TJUE que proporciona una definición uniforme y una interpretación europea al concepto asignado, es decir, con arreglo a criterios europeos que sean propios del Derecho de la UE, para que de este modo podamos garantizar una aplicación armónica y común del Reglamento 650/2012 por todos los Estados miembros.

Entrando ya a valorar los conceptos contenidos en el supuesto legal y sus puntos de conexión, así como su naturaleza jurídica debemos hacer referencia al concepto de sucesión como un concepto en sentido amplio, pues se entiende la causa de muerte haya o no testamento, tal y como se dispone en el artículo 3. 1. a) del Reglamento 650/2012 “a) «sucesión»: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una sucesión abintestato;”. En cuanto a lo que respecta a la disposición mortis causa, este Reglamento al igual que ocurre con el concepto anterior, lo hace desde una perspectiva amplia, ya que incluye en él al testamento, al testamento mancomunado y al pacto sucesorio, según lo que podemos comprobar en el artículo 3. 1. d) RES “d) «disposición mortis causa»: un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio;”.¹³⁹

El concepto de pacto sucesorio merece especial atención por el hecho de que es uno de los conceptos que más problemas puede suscitar a la hora de aplicar el presente Reglamento, está especialmente vinculado con el concepto de sucesiones contractuales que viene regulado en el artículo 8 de la Convención de la Haya sobre la Ley aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte de 1989. En el artículo 3. 1. b) RES se establece como pacto sucesorio lo siguiente: “b) «pacto sucesorio»: todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo;”. Por lo tanto, en los pactos sucesorios el causante pierde la libertad de disposición mortis causa y no puede revocar de manera unilateral lo ordenado en relación a ese pacto sucesorio. Además, es necesaria la concurrencia de un mínimo de dos personas, de las cuales una de ellas deberá quedar afectada por el contenido de tal pacto sucesorio. En función de los otorgantes al pacto sucesorio, éste puede afectar:

- a) Una única sucesión: un solo futuro causante o disponente.
- b) Varias sucesiones: dos o más causantes o disponentes.¹⁴⁰

En referencia al concepto de testamento mancomunado aparece recogido en el artículo 3. 1. C) RES “c) «testamento mancomunado»: el testamento otorgado en un acto por dos o más personas;”. Por ello, debemos hacer una diferenciación entre aquellos testamentos mancomunados en que cada testador realiza las disposiciones de manera independiente, y los testamentos mancomunados en los cuales el contenido de la voluntad de un testador queda condicionado por el contenido de la voluntad del otro otorgante. En los primeros, se comparte un mismo acto para la realización de sus disposiciones mortis causa, y en los segundos, lo característico es que la causa de unas disposiciones se encuentra en el otorgamiento de las otras.

Por último, analizaremos el concepto que da el Reglamento 650/2012 sobre lo que se considera como tribunal, esta definición viene regulada en el artículo 3. 2 RES “2. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «tribunal» todo órgano

¹³⁹ ORTIZ HERRERA, S. “El reglamento europeo de sucesiones. Tribunales competentes y ley aplicable. Excepciones al principio general de unidad de ley” (2013) pp. 8-9.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento 650/2012”, Revista para el Análisis del Derecho, 2/2013, pp. 22-27.

judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.”. El concepto de tribunal se entiende desde un sentido amplio del mismo, tal y como ocurría con los conceptos de sucesión y disposición mortis causa, por lo que se entiende más allá de los órganos judiciales. Por lo tanto, el término de tribunal abarca tanto a los órganos judiciales en sentido estricto, que ejercen funciones jurisdiccionales como a las demás autoridades y profesionales del derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales en determinados supuestos, como función propia, por delegación o bajo el control de órgano judicial. Con esta información y según el concepto que da el Reglamento sobre lo que se entiende por tribunal, un tribunal puede ser:

- I. Órgano judicial con funciones jurisdiccionales en materia sucesoria.
- II. Autoridad no judicial con funciones jurisdiccionales en materia sucesoria según el ordenamiento del Estado miembro al que pertenezca.
- III. Abogado, notario o profesional del derecho con funciones jurisdiccionales otorgadas por delegación de un tribunal de un Estado miembro.

Debemos definir qué se entiende por función jurisdiccional para conocer mejor que una autoridad de un Estado miembro sea considerada tribunal. Las características que debe reunir un tribunal para ejercer la función jurisdiccional son:

- a) El órgano debe ser una autoridad o profesional del derecho.
- b) Debe ofrecer garantías de imparcialidad y asegurar el derecho de audiencia de las partes.
- c) Que sus resoluciones sean susceptibles de recurso.
- d) Que sus resoluciones tengan fuerza y efectos análogos a los de un órgano judicial en sentido estricto.¹⁴¹

Para terminar con el concepto de tribunal, debemos hacer mención al artículo 3. 2 párrafo segundo del Reglamento 650/2012 que reza de esta forma: “Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 79.” Sólo los tribunales están vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo y están obligados a aplicar las normas de competencia internacional recogidas en el Reglamento.

4.- Relación del Reglamento (UE) 650/2012 con otros Convenios.

Para entender con mayor facilidad la relación del Reglamento 650/2012 con otros convenios es necesario que nos situemos en el artículo 75 del Reglamento que trata sobre las relaciones con convenios internacionales vigentes.

Con carácter general, el Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de su adopción y que se refieran a materias reguladas por él (art. 75.1) “1. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que se refieran a materias reguladas por él.”. Ahora bien, en las relaciones entre Estados miembros, el

¹⁴¹ CARRASCOSA GONZALEZ, J. “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial” (Enero 2014) pp. 13-14.

Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en la medida en que dichos convenios tenga por objeto materias reguladas por el presente Reglamento (art. 75.2) “2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en la medida en que dichos convenios versen sobre las materias reguladas por el presente Reglamento.”. Hay que recordar que la materia sucesoria forma parte del ámbito material de convenios bilaterales suscritos por España en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones: convenio hispano-alemán, convenio hispano-austríaco, convenio bilateral con Checoslovaquia (aplicable a la República Checa y a la República Eslovaca), convenio hispano-francés, convenio hispano-italiano.

- Con el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias.

En cuanto a la validez en materia de testamentos y testamentos mancomunados siempre y cuando haya conflicto de leyes entre este Reglamento y el Convenio de la Haya, prevalecerá lo dispuesto en este convenio sobre lo dispuesto en el artículo 27 de este Reglamento. “En particular, los Estados miembros que son partes contratantes en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias seguirán aplicando lo dispuesto en ese Convenio, en lugar del artículo 27 del presente Reglamento, en lo que atañe a la validez en materia de forma de los testamentos y testamentos mancomunados.”

- Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias.

El Reglamento 650/2012 no será impedimento para la aplicación de este convenio en cuanto a las siguientes materias:

- a) Normas de procedimiento de la administración de herencias y la asistencia por parte de las autoridades de los estados parte de este convenio.
- b) Procedimientos simplificados para el reconocimiento y ejecución de resoluciones sucesorias.

“3. El presente Reglamento no será óbice para la aplicación del Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, en su versión revisada por el acuerdo intergubernamental entre dichos Estados de 1 de junio de 2012, por parte de los Estados miembros que son partes en el mismo, en la medida en que dicho Convenio establece:

- a) normas sobre los aspectos de procedimiento de la administración de herencias a tenor de la definición del Convenio, así como asistencia a ese respecto por parte de las autoridades de los Estados que son Partes contratantes en el Convenio, y
- b) procedimientos simplificados y más rápidos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de sucesiones.”

Por último, destacar que este Reglamento no afecta a la aplicación del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

III. Criterios de competencia judicial internacional en materia de sucesiones

La competencia en materia de sucesiones se regula en el Capítulo II del Reglamento 650/2012 (artículos 4 a 19). Los criterios de atribución de la competencia judicial internacional en materia de sucesiones son los siguientes:

- Elección del foro (sumisión expresa)
- Sumisión tácita
- Residencia habitual del causante al momento del fallecimiento
- Forum rei sitae
- Forum necessitatis

A) ELECCIÓN DEL FORO

Art 5.1 del Reglamento 650/2012 “*cuando la ley elegida por el causante para regir su sucesión con arreglo al artículo 22 sea la ley de un Estado miembro, las partes interesadas podrán acordar que un tribunal o los tribunales de dicho Estado miembro tengan la competencia exclusiva para sustanciar cualquier causa de sucesiones.*”

A través de la elección del foro, se evita la litigación sobre la determinación de la *lex successionis*. Es decir, el acuerdo relativo a la elección del foro, tendrá que constar por escrito, con expresión de su fecha y será firmado por las partes interesadas. Se considerará hecha por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 5.2).

La elección de ley reguladora de su sucesión *mortis causa* que haga el causante, tendrá que ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones (considerando 40). Una vez acreditada la validez material del acto de la elección de la ley elegida, cesará todo debate entre las partes y/o el juez competente sobre cuál es la ley aplicable a la sucesión internacional. Por tanto, no cabe litigación sobre cuál es la *lex successionis* ya que prevalece la elegida.

La elección de la ley debe hacerse explícitamente en una declaración en forma de disposición *mortis causa*, o de una disposición de este tipo (considerando 39). La elección de ley puede realizarse en el propio testamento, en un pacto sucesorio o siempre que se reúnan los requisitos formales de una disposición testamentaria, en otro documento. También se puede hacer constar ante notario, donde declare el causante su voluntad de que su sucesión *mortis causa* se rija por la ley del Estado miembro que desea.

Una vez elegida, se activan los mecanismos necesarios para que conozcan los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico se ha elegido, siempre de acuerdo al artículo 22.

Este artículo nos dice que la elección de ley en ese supuesto, tiene que ser en forma de disposición *mortis causa*, por tanto, debe reunir las exigencias de las disposiciones *mortis causa*. El Reglamento 650/2012 alberga tres tipos de “disposiciones *mortis causa*”. Éstas pueden tener la forma de: un “testamento”, un “testamento mancomunado” o de un “pacto sucesorio” (art. 3.1.d RES).

Es el causante el que presenta esos vínculos más estrechos, por lo que no se trata de que la sucesión *mortis causa* presente vínculos más estrechos con un país determinado. Así, Javier Carrascosa González indica “*esta cláusula de excepción protege las expectativas legales del causante en la organización de su sucesión mortis causa, y en el caso de que dicho causante no haya otorgado disposiciones mortis causa,*

protege a los terceros, sabedores de que el causante tenía un vínculo muy estrecho con un concreto país distinto del Estado de su última residencia habitual”¹⁴²

El Reglamento debe capacitar a los ciudadanos para organizar su sucesión mediante la elección de la Ley aplicable a esta. Así, esta elección de la Ley aplicable será la del estado de su nacionalidad (considerando 38 RES). Esto da la posibilidad a que los causantes puedan elegir su ley nacional para que rija en su sucesión y no la del país de su residencia habitual (art. 21.1 RES). Será la ley nacional del causante siempre que haya elegido válidamente de acuerdo a los términos recogidos en el art. 22 RES

El hecho de que se permita la elección de la Ley nacional por el causante (art. 22.1 RES), supone la eliminación de los problemas de aplicación del criterio de residencia habitual en los supuestos que son difíciles de analizar ya que la presencia de la autonomía del causante solventa este problema.

Cuando hablamos de la residencia habitual, para solucionar el conflicto móvil, se entiende por residencia habitual la que tuviera en el momento de fallecimiento

Siguiendo con el Reglamento 650/2012:

- En el artículo 6 se encuentran las reglas que regulan la abstención, en unos casos obligatoria y en otros facultativa, en caso de elección de la ley a los tribunales de un Estado miembro a través de un pacto de elección de foro:
 - Podrá abstenerse el tribunal de conocer, a instancia de parte, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación de pronunciarse.
 - Deberá abstenerse de conocer, cuando la designación del tribunal del Estado cuya ley se ha elegido es excluyente de la competencia de cualquier otro tribunal.
- En el artículo 7 se regula la competencia de los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante. En su letra c) se da una especie de sumisión expresa después de surgido el litigio, ya que después de que se ha sometido el asunto al tribunal, las partes admiten expresamente la competencia de dicho tribunal. *“si las partes del procedimiento admiten expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto.”*
- En el artículo 8 se recoge el sobreseimiento de la causa incoada de oficio en caso de elección de ley. Para el supuesto que el causante elija la ley de un Estado miembro para regir su sucesión de acuerdo al artículo 22 RES, se podrá sobreseer la causa *“si las partes en el procedimiento acuerdan resolver la sucesión extrajudicialmente en el Estado miembro cuya ley fue elegida por el causante al amparo del artículo 22”*.¹⁴³

B) SUMISIÓN TÁCITA

Se admite la sumisión tácita de las partes a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante, cuando dichas partes no

¹⁴² J. Carrascosa “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, 2014, cit, p. 30

¹⁴³ Artículo 8 Reglamento 650/2012.

hayan formalizado un acuerdo de sumisión expresa y comparecen ante dichos órganos jurisdiccionales sin impugnar su competencia (art. 9).

La sumisión tácita limita la operatividad al tercero que se incorpora en el proceso y que no ha participado en el acuerdo de elección de foro, que comparece en el tribunal designado expresamente por las partes (art. 5) y que dicho tribunal corresponde al Estado miembro cuya ley eligió el causante. La ley elegida debe ser la Ley de un Estado miembro, el de la nacionalidad del causante al tiempo de la elección o del fallecimiento.

La sumisión tácita que opera en el Reglamento 650/2012 no actúa como criterio universal de competencia como en el resto de normas europeas. Esto es debido a que la mera comparecencia del demandado no determina la competencia. Esto es porque la competencia o incompetencia del tribunal no depende de la sumisión tácita exclusivamente dado que esta, solo opera en relación a la parte que no ha estado presente en el acuerdo de elección de tribunal. La comparecencia se va a producir ante el tribunal elegido por la sumisión expresa, por lo tanto ya competente, lo que excluirá la declaración de incompetencia de oficio. La sumisión tácita solo se refiere al tercero que se incorpora al proceso y no ha participado en el acuerdo atributivo de competencia.

El tribunal tendrá que suspender el proceso cuando se den estas dos situaciones (art. 16):

- El demandado resida en un Estado distinto al Estado miembro donde se ejercitó la acción
- El demandado no comparezca

Esta suspensión tiene por objeto comprobar que dicho demandado ha sido debidamente notificado, es decir, que se trata de una incomparecencia voluntaria. Hay que destacar que, a título principal y sin una previa sumisión expresa, no cabe que un tribunal sea competente únicamente por sumisión tácita.

A parte de esto, el considerando 39 considera como elección tácita, que el causante haya hecho referencia a determinadas disposiciones específicas de su ley nacional o el causante explícitamente haya mencionado de otro modo esa ley. Ahora bien, la referencia a disposiciones materiales de un concreto Derecho sucesorio estatal es una cuestión sustancialmente diferente a la elección de Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, por tanto, no siempre la incorporación material de dichas disposiciones va a significar que hubiera habido una elección de ley de forma tácita.

La elección tácita de la Ley reguladora de la sucesión, por seguridad jurídica, se exige que resulte clara e indubitada o inequívoca, ya que de no ser así, se podría vulnerar el sentido de la disposición y traicionar las expectativas legales del causante y de los presuntos herederos.

C) RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO

Artículo 4

Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión.

Serán competentes los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de fallecimiento, cuando las partes no acuerden la competencia de los tribunales del Estado miembro de la *lex successionis* elegida por el causante (art. 21.1 RES).

El Reglamento 650/2012 no dice lo que ha de entenderse por “residencia habitual” ya que el considerando 23 RES solo indica unas pautas para determinarla *“Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento”*.

El domicilio tiene una definición distintiva en cada país, por tanto, el legislador europeo ha determinado que sean los tribunales que apliquen el Reglamento 650/2012, los que especifiquen el concepto, teniendo en cuenta los casos de los que conozcan. Es por esto por lo que el concepto de residencia habitual del causante es un concepto abierto y que no tiene relación con los conceptos de residencia habitual que se utilizan en otros reglamentos de carácter europeo, sino que, como dice el considerando 23 RES atenderá a *“los objetivos específicos del presente reglamento”*.

Por lo tanto, para definir el concepto de residencia del causante se debe atender a:

- La materia sucesoria ante la que nos hallamos, ya que se encontrará en un contexto sucesorio europeo
- El objetivo del Reglamento 650/2012 que es suprimir los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de *sucesión mortis causa* con repercusiones transfronterizas y garantizar los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia. (Considerando 7 RES)

Para este foro, hay una cláusula de excepción: esta cláusula se emplea en los casos en los que el causante tienen un vínculo más fuerte con otro Estado que con el Estado de su última residencia habitual. En este supuesto, el tribunal aplicará la ley de ese otro estado y no la del estado de la residencia habitual del causante a la sucesión.

Esta cláusula no operará en los casos en los que el causante haya elegido la Ley reguladora de su sucesión *mortis causa* atendiendo a lo dispuesto en el art. 22.1 del Reglamento.

Tampoco operará en los casos en los que el juzgador no sepa de forma exacta que ley reguladora de sucesión *mortis causa* aplicar y utilice esta cláusula de excepción para resolverlo.

Por tanto, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja (considerando 25 RES).

El considerando 25 del Reglamento indica que *“la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho”*. Por tanto, el juez o el notario, para concluir activar la cláusula notarial deben explicar las razones motivadas para descartar la Ley de la última residencia del causante. Para ello, el operador jurídico deberá seguir y argumentar lo recogido en el artículo 21.2 del reglamento 650/2012.

D) FORUM REI SITAE (competencia subsidiaria)

A la hora de analizar la competencia subsidiaria tenemos que tener en cuenta el considerando 30 y el artículo 10 del Reglamento 650/2012. El considerando 30 indica que se busca garantizar que los tribunales de todos los Estados miembros puedan ejercer la competencia en materia sucesoria por los mismos motivos cuando el causante no tenga su residencia habitual en ninguno de ellos, por lo que indica que el Reglamento debe enumerar por orden jerárquico los motivos por los que se puede ejercer la competencia subsidiaria.

Cuando el causante no tuviera residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren bienes del causante serán competentes:

- Para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión, es decir, estamos ante un alcance general del *forum rei sitae*, regulado en el artículo 10.1
- Para pronunciarse solamente sobre los bienes que se encuentren en el Estado miembro: artículo 10.2. Es el alcance limitado del *forum rei sitae*.

El **artículo 10.1** establece que, aunque el causante no tuviera residencia habitual al momento del fallecimiento en un Estado miembro, serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia. Esto será así siempre que se dé una de las siguientes circunstancias:

- ✓ que el causante fuese nacional de ese Estado miembro en el momento del fallecimiento
- ✓ o que el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, si en el momento en que se someta el asunto al tribunal no han transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia habitual

El **apartado 2 del artículo 10**, además establece que si ningún tribunal de un Estado miembro es competente en virtud de lo anteriormente expuesto, serán competentes los tribunales del Estado en el que se encuentren los bienes para pronunciarse sobre los mismos únicamente, no sobre el conjunto de la sucesión como sucede en el artículo 10.1. Por ejemplo, si el causante tiene nacionalidad cubana y ha vivido durante los últimos seis años de su vida en Cuba pero tiene bienes en España, los tribunales españoles serán competentes para pronunciarse sobre los bienes que se encuentren en España.

El **artículo 12** contiene una regla de competencia negativa para los casos en los que los bienes se encuentren en un tercer Estado. “*La virtualidad del forum rei sitae se desempeña también en una regla de competencia negativa —en aras del principio de buena administración de justicia y para evitar resoluciones claudicantes.*”¹⁴⁴ Cuando así sea, el tribunal que sustancie la sucesión podrá, a instancia de una de las partes, no pronunciarse sobre el bien o los bienes que se encuentren en un tercer Estado si se espera que la resolución no vaya a ser reconocida ni ejecutada en ese Estado.

E) FORUM NECESSITATIS.

Lo prevé el artículo 11 del Reglamento y se aplicará excepcionalmente, si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el que el asunto tuviese una vinculación estrecha (por ejemplo, tendría vinculación estrecha el Estado del que fuera nacional el causante). Está pensado para los casos en los que ningún tribunal de un Estado miembro sea competente, pero se

¹⁴⁴ P. Blanco-Morales “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *Diario La Ley*, N° 8590, p. 4.

indica que es necesario que el asunto tenga una **vinculación suficiente** con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer. Dicha vinculación suficiente se determinará en el caso concreto, pero un factor a tener en cuenta sería la nacionalidad, o la residencia previa al fallecimiento.

Este foro se justifica en el considerando 31 del Reglamento 650/2012, y lo que busca es remediar situaciones de denegación de justicia. Uno de los casos excepcionales para poder utilizar este foro sería que en el tercer Estado, debido a una guerra civil, fuera imposible sustanciar el procedimiento, o si no cabe esperar razonablemente que el beneficiario incoe o siga un procedimiento en ese Estado.

*“El establecimiento de este foro de necesidad tiene igualmente como objeto prevenir la existencia de un Tribunal competente en todo caso.”*¹⁴⁵ Por tanto, lo que busca el Reglamento es que siempre haya un tribunal competente para conocer del asunto, y que de esta manera no se produzca una denegación de justicia.

La competencia se controlará por el tribunal del Estado miembro que sea requerido, y si no fuera competente en virtud de este Reglamento, se declarará de oficio incompetente (artículo 15). Por otro lado, si un demandado que tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto al Estado miembro en el que se ejercitó la acción no comparece, el tribunal que sea competente suspenderá el procedimiento hasta que se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse (artículo 16).

Además, en relación a la competencia hay que hacer referencia a la adopción de **MEDIDAS PROVISIONALES**, reguladas en el art. 19 (foro de medidas provisionales). A los tribunales del Estado miembro en el que deban adoptarse las medidas provisionales o cautelares se les podrá solicitar dicha adopción de medidas, aunque no sean los competentes para conocer del fondo del asunto.

Por otro lado, los artículos 17 y 18 se refieren a la **LITISPENDENCIA** y la **CONEXIDAD** respectivamente. Aquí se aplica la regla del *prior tempore, potior iure*. Respecto a la litispendencia, el tribunal ante el que se presente la segunda demanda se abstendrá a favor del primero si éste se declara competente. En la conexidad se indica que el tribunal ante el que se presente la demanda posterior podrá suspender el procedimiento.

El artículo 13 habla de la **aceptación de la herencia, de un legado o de la legítima o renuncia a los mismos**, y lo que indica es que además del tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión, serán competentes los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de las personas que puedan aceptar o rechazar la herencia, un legado o la legítima, o una limitación de su responsabilidad respecto a las deudas y demás cargas de la herencia. La finalidad de dicha norma la encontramos en el considerando 32, que dice que “a fin de facilitar la vida de los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión”. Asimismo, el considerando 32 indica que las personas que se acojan a esta posibilidad, deben informar al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones, y esto se debe hacer en el plazo establecido por la ley aplicable a la sucesión.

IV. Ley aplicable a las sucesiones con elemento internacional

1. INTRODUCCIÓN y REGULACIÓN JURÍDICA

¹⁴⁵ S. Ortiz “El reglamento europeo de sucesiones. Tribunales competentes y ley aplicable. Excepciones al principio general de unidad de ley”, *Documento de trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, N° 69/2013 p. 13.

Como primera gran referencia al tema de la ley aplicable a los procesos de sucesión hereditaria en Derecho Internacional Privado, debemos conocer la regulación jurídica que exista al respecto.

En primer lugar, debemos citar el reciente Reglamento de la Unión Europea nº 650/2012 (en lo sucesivo, R 650), debiendo tomar en consideración su artículo 1, que delimita su ámbito de aplicación. Este Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. El tema de la ley aplicable.

En segundo lugar, no hay norma convencional multilateral aplicable. Existe un Convenio Internacional, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, pero España no es parte del mismo.

Además, existe un Convenio bilateral con Grecia, celebrado el 6 de marzo de 1919, fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y los griegos fallecidos en Grecia y España, respectivamente, que contiene normas sobre ley aplicable en sus arts. 16 y siguientes.

En último lugar y a falta de aplicación de norma comunitaria o convencional, son de aplicación las normas de Derecho interno, concretamente el artículo 9.8 del Código Civil.

Como determina el art. 20, ya en el capítulo III de ley aplicable a los procesos sucesorios: “*ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro*”.

Este párrafo corrobora el alcance universal que tiene este precepto y que deja prácticamente en un plano de derogación el alcance del art. 9.8 CC. Esta universalidad de aplicación se entiende si atenemos al art. 20 *in fine*, cuando refiere la posibilidad de aplicación del Reglamento aun cuando la ley designada conforme a sus disposiciones no sea la de un Estado Miembro del Reglamento.

1- Elección de ley aplicable, regla general (art 21)

La elección de la ley aplicable se regula en el artículo 22 y 21 del R. 650 es una norma de conflicto con varios puntos de conexión. Los puntos de conexión han sido configurados por el legislador europeo en este reglamento en cascada.

El primer punto de conexión al que se recurre es la autonomía de la voluntad o *professio iuris* (art 22.1 R.650) determina cuando es posible aplicar la ley que eligen las partes en materia de sucesión. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Pero ha habido recelo a la *professio iuris* porque ha existido miedo a que el causante a través de la elección de la ley aplicable a la sucesión, escoja un derecho que le dé completa libertad y burle las normas imperativas del derecho. Por esa razón es una autonomía de la voluntad **limitada**, ya que la ley sucesoria será la ley de la nacionalidad del causante en aquellos casos en que este haya realizado un ejercicio válido de la *professio iuris*. La nacionalidad del causante será la que tenga en el momento de elección de la ley o en el momento de su fallecimiento. Y en el caso de que haya una persona con más de una nacionalidad puede elegir la ley conforme a una de sus nacionalidades.

Esto ha sido muy criticado por parte de la doctrina, que ha considerado que el reglamento ha sido excesivamente restrictivo limitando tanto la autonomía de la voluntad.

Si no se ha elegido la ley correctamente o no se ha elegido, pasamos al siguiente punto de conexión: la ley de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art.21.1 R650) En el caso de que el causante no haya realizado una

professio iuris válida a favor de la ley de su nacionalidad, se aplicará, la ley de la última residencia habitual del causante. Se ha elegido como segundo punto de conexión la residencia habitual y no la nacionalidad o domicilio del causante.

Tanto la ley de la residencia habitual como la ley de la nacionalidad se traducen en una aplicación de una ley próxima, conocida y por tanto, previsible para el causante. Sin embargo, el legislador optó por la ley de la residencia habitual y esto suscitó grandes controversias, incluso dio lugar a que Reino Unido quedará al margen y decidiera no formar parte del Reglamento. El legislador entendió que la ley de la residencia habitual del causante plasmaba la vida e intereses de éste, y se presumió que sería allí donde el causante tendría la mayor parte de los bienes hereditario. La residencia habitual es un criterio inestable y de fácil modificación, y hay algunos casos para los que el reglamento no presenta una solución:

Por ejemplo, si un estudiante español, se va a Francia a acabar su último año de carrera, y en ese periodo de tiempo fallece. El reglamento plantea problemas sobre si se debe aplica el derecho español o el francés.

La residencia habitual habrá que concretarla conforme a los considerandos 23 y 24 del reglamento 650.

En algunos casos es difícil determinar la residencia habitual del causante, por ejemplo si por motivos profesionales o económicos éste hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, incluso por un periodo de tiempo prolongado, pero sigue manteniendo un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen, como por ejemplo, familia, bienes... en ese caso podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen.

Si el causante reside en varios Estados alternativamente o viaja sin residir permanentemente en ninguno, si fuera nacional de uno de esos Estados o tuviera sus principales bienes en uno, la residencia habitual se entenderá de dicho Estado.

Sin perjuicio de los dos anteriores puntos de conexión, se recoge una **cláusula de excepción**, es la cláusula de los vínculos más estrechos. Es una cláusula de flexibilidad, según dicho precepto, si de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de la última residencia habitual del causante, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

Esta cláusula de excepción evita que se realicen absurdos que nos llevaría la aplicación pura y simple de la residencia habitual del causante.

El ejemplo anterior en el que un estudiante español se va a Francia a acabar su último año de estudios. Si aplicamos la ley de residencia habitual será inadecuada, y en este caso puede darse la cláusula de los vínculos más estrechos.

Otro ejemplo: un turista alemán, durante unas vacaciones en Málaga, decide otorgar testamento abierto notarial ante notario español de la ciudad de Marbella. Surge la cuestión de precisar la ley conforme a la cual debe otorgarse el testamento. En este concreto caso, la ley aplicable al testamento del causante alemán será la ley alemana, ya que el sujeto reside en el país germano y es nacional alemán (art. 21.1 y art. 22.1 a sensu contrario).

Respecto a esta cláusula de los vínculos más estrechos es necesario precisar que no sirve para los casos en que es difícil determinar la residencia habitual, sino que debe utilizarse cuando ya está determinada la residencia habitual pero existe una ley que es más vinculante para el causante.

Es necesario hacer una mención a las **exigencias de forma** para que sea válida la elección de la ley aplicable a la sucesión. El reglamento ha incluido 2 posibilidades.

- En primer lugar podemos hablar de una **elección expresa** de la ley (art. 22.2) deberá realizarse en forma de disposición mortis causa, esto quiere decir que debe reunir las exigencias de forma que se exige a las disposiciones mortis causa.
- También puede haber una elección **tácita o implícita** de la ley, es válida esta elección sin embargo, esta elección de ley complica precisar su validez.

2- **Ámbito de la ley aplicable. Problemas de aplicación de la ley**

En primer lugar debemos saber que la ley sucesoria tiene un gran ámbito de aplicación que incluye la mayoría de cuestiones que tienen que ver con la sucesión, a excepción de dos:

- ➔ determinados aspectos reales (Calvo Caravaca los incluye en el art 9.8 CC)
- ➔ Determinados aspectos registrales

Esto ocurre en los países con tradición civilista, sin embargo no ocurre lo mismo en los países del *Common law* en los que la aplicación de esta ley se ve más limitada, ya que muchos aspectos de la sucesión son regulados por la ley del foro.

Encontramos regulado el ámbito de la ley aplicable en el artículo **23 del Reglamento 650/2012**, el cual nos dice que *la totalidad de la sucesión se regirá en virtud de los artículos 21 y 22 del mismo reglamento*.

Este artículo 23 lleva a cabo una enumeración en la que se pueden diferenciar diez apartados distintos en los cuales se regulan cuestiones, que aun siendo distintas entre ellas, quedan todas reguladas bajo el mismo ámbito de aplicación: **el ámbito de la ley sucesoria**.

Todos estos aspectos tienen que ver, lógicamente, con la transmisión sucesoria y son los siguientes:

- a) *Las causas, el momento y el lugar de la apertura de la sucesión:*

El término “causas” puede dar lugar a confusión, pues la causa de la sucesión, es el fallecimiento del causante, pero este está regulado en el estatuto personal del causante.

- b) *La determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja superviviente:*

Esto último es algo novedoso en nuestro país, pues no se regulaba en el artículo 9.8 CC

- c) *La capacidad para suceder*
- d) *La desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad*
- e) *La transmisión a los herederos, y en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado.*

- f) *Las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29 apartados 2 y 3.*
- g) *La responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia*
- h) *La parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos.*
- i) *La obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios:*

Este es uno de los ámbitos más polémicos de aplicación de la ley sucesoria

j) *Partición de la herencia*

Sin embargo esto no es tan sencillo y vemos como el ámbito de aplicación de la ley sucesoria adquiere complejidad con la previsión de soluciones especiales de ley aplicable para las disposiciones por causa de muerte.

Esta circunstancia implicaría la coexistencia de diversas leyes en una misma sucesión. Esto es lo que se denomina:

- “excepciones a las normas generales sobre ley aplicable a la sucesión” y consisten en que se pueden dar diversas circunstancias (solamente en supuestos prefijados) en las que se deberán aplicar otras leyes.

Por otra parte esta cuestión, no le resta importancia a la ley sucesoria que existirá siempre y jugará un papel muy relevante en la sucesión, pues es conforme a esta ley a la que se regula todo el proceso, de principio a fin, y conforme a la cual se hace a los herederos la transmisión de bienes y derechos, exceptuando en las ocasiones en las que nos encontremos ante dichas excepciones, que son las siguientes:

- ➔ Ley aplicable a las declaraciones de aceptación o renuncia de la herencia
- ➔ Adaptación de los derechos reales
- ➔ La inscripción de derechos en los registros públicos
- ➔ Nombramiento y facultades de administradores
- ➔ Ley aplicable respecto a bienes especiales
- ➔ Herencia vacante
- ➔ Aplicación de la cláusula de incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público del estado

3- Ley aplicable a disposiciones *mortis causa*.

El reglamento prevé casos en los que la sucesión va a quedar regulada por distintas leyes por la aplicación de normas específicas, es una de las características fundamentales del Reglamento, su grado de especialización. Ya que no establece una única solución de ley aplicable sino que hay distintas leyes aplicables según el tipo de sucesión. Cuando se realice alguna disposición a través de testamento o pacto sucesorio, la ley aplicable tendrá un ámbito de aplicación particular.

a. Disposiciones mortis causa distintas de pactos sucesorios

Es la primera norma específica que prevé el Reglamento y se regula en el art. 24 del R.650 este artículo hace referencia a la ley aplicable a la sucesión testamentaria. Esta norma específica es una novedad en el Reglamento, ya que en la propuesta del mismo, no se recogía una norma especial para la determinación de la ley aplicable a los testamentos.

El artículo 24 establece que estas disposiciones mortis causa distintas de los pactos sucesorios se regirán por la ley que hubiera sido aplicable a la sucesión de haber fallecido el causante en el momento del otorgamiento de la mismas.

En el apartado 2 de este artículo se regula la posibilidad de escoger una ley aplicable por parte del causante. Podrá escoger aquella que podría elegir según los criterios del art. 22, es decir, la ley de la nacionalidad.

La ley de la nacionalidad puede aplicarse al testamento por 2 vías:

- 1) Como consecuencia de la *professio iuris* o de la autonomía de la voluntad (Art. 22 R.650)
- 2) También por la elección de la ley aplicable a la admisibilidad y validez del testamento realizada por el art. 24.2 R.650

b. Pactos sucesorios

Los pactos sucesorios es la segunda norma específica que prevé el reglamento 650/2012 y se regula en su artículo 25.

El art. 3.1 b define pacto sucesorio: *‘Todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo’*

El causante pierde su libertad de disposición mortis causa con los pactos sucesorios y además estos pactos no pueden revocarse unilateralmente.

Para que se produzca un pacto sucesorio es necesario que concurra un mínimo de dos personas y que la sucesión de al menos una de ellas quede afectada por el pacto. El artículo 25 diferencia en función de los otorgantes, pactos sucesorios relativos a la sucesión de una sola persona y los pactos sucesorios relativos a la sucesión de varias personas. Lo particular de los pactos es la vinculación de las partes, el compromiso que se crea entre ellas.

El primer apartado del art. 25 R.650 hace referencia a la ley aplicable a los pactos sucesorios que afectan a una única sucesión, el reglamento regula que para estos pactos sucesorios la ley aplicable sea la ley sucesoria anticipada o la ley que hubiera sido aplicable a la sucesión de haber fallecido el causante en el momento del otorgamiento del pacto sucesorio. ‘En ausencia de *professio iuris*, el pacto sucesorio que afecta a una sola sucesión, se regulará por la ley de residencia habitual actual del

causante en el momento del otorgamiento o por la ley más estrechamente vinculada con el causante’.

El segundo apartado del art. 25 R.650 hace referencia a la ley aplicable a los pactos sucesorios que afectan a más de una sucesión. En este caso, no hay una sola sucesión que queda afectada por el pacto sucesorio, sino que hay más de una afectada y por tanto, más de un causante. El reglamento ha optado por la aplicación de una única ley para este tipo de pactos sucesorios y acude a la cláusula de vínculos más estrechos.

Por último, el tercer apartado del art. 25 del R.650/2012 recoge una norma en la que se posibilita una elección de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ‘Las partes podrán elegir como ley aplicable al pacto sucesorio por lo que respecta a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, la ley que la persona o una de las partes de cuya sucesión se trate habría podido elegir de acuerdo al art. 22 del R.650’. Y por lo tanto, se puede escoger la ley de la nacionalidad que tenga bien en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento, cualquiera de las personas cuya sucesión esté afectada por el pacto sucesorio.

c. Validez formal de la aceptación o renuncia de la herencia

La validez formal de la aceptación o renuncia de la herencia se regula en el artículo 27 del reglamento 650/2012. Se consideran cuestiones de forma las disposiciones jurídicas que limiten las formas admitidas de disposiciones mortis causa por razón de edad, nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales del testador o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio.

También se consideran cuestiones de forma la cualificación exigida a los testigos requeridos para la validez de las disposiciones mortis causa. Una disposición mortis causa realizada por escrito será válida si se admite como tal por cualquiera de las siguientes leyes:

- a) La del Estado en que se realizó la disposición o se celebró el pacto sucesorio;
- b) La del Estado cuya nacionalidad poseyera el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento;
- c) La del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su domicilio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento. La determinación de si el testador o cualquiera de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio tenían su domicilio en un Estado miembro concreto se regirá por la ley de ese Estado.
- d) La del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su residencia habitual, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento.
- e) Respecto de los bienes inmuebles, del Estado en el que estén situados.

4- Sucesión en determinados bienes

Tal y como dispone el art. 30 R 650:

“Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión”.

Esta norma contenida en el art. 30 R 650 supone una **limitación a las normas de elección y determinación de ley** contenidas en los arts. 22 y 21 R 650, respectivamente; puesto que establece la aplicación de una ley que puede ser distinta a la ley que rija la sucesión: la ley del Estado donde se encuentren determinados bienes inmuebles para los que dicho Estado donde radican ha regulado normas especiales en cuanto a su sucesión, que deberán ser aplicadas con independencia de la ley que rija la sucesión.

Ello se entiende **añadiendo la excepción** que incluye el final del precepto, ya que es posible que en estas propias normas especiales se haya incluido una regla especial que excluya la aplicación de las mencionadas normas especiales en caso de que otra sea la ley que rija la sucesión.

5- Adaptación de derechos reales

Nos encontramos ante una de las excepciones citadas anteriormente.

El principal problema con el que nos podemos encontrar aquí es la **conurrencia de la ley que rige la sucesión y la ley del estado donde está situado el bien inmueble**.

Es el propio reglamento el que nos dará las pautas que deben seguir en todo momento los tribunales, eso sí, siempre protegiendo el derecho sucesorio constituido.

Nos podemos encontrar ante un problema, consistente en que la sucesión le conceda al heredero un derecho real que no existe en el Estado miembro donde se va a hacer valer. La solución dada para este caso es que **no se le impondrá al Estado el reconocimiento de un derecho real que resulte ajeno a su ordenamiento**. Es decir, la legislación sucesoria, no puede introducir en un Estado un derecho de propiedad que no sea reconocido por dicho Estado.

Por ejemplo: *“no se puede reconocer un usufructo en un Estado que no reconozca esa figura”*

Por lo tanto, en este supuesto estaríamos ante una confrontación de intereses:

- ❖ Por un lado, el derecho sucesorio de los beneficiarios
- ❖ Por otro lado, el derecho nacional que no lo reconoce

Esto se soluciona mediante una “**adaptación**” del derecho real que no se reconoce en el Estado que se trate, a uno que resulte equivalente, al más cercano en el ordenamiento jurídico de dicho Estado donde se pretende hacer valer.

Esto significaría por lo tanto que lo que heredan los beneficiarios de la herencia no es el derecho hereditario como tal, sino el derecho real conocido por la legislación del Estado donde se encuentra.

El Reglamento nos indica cuáles son las pautas que hay que seguir para llegar a esa “adaptación” diciéndonos que tenemos que tener en **cuenta los intereses que persiga ese derecho**.

Se nos indica en el considerando 16 del mismo que se debe recurrir a “*las redes de expertos dedicados a la cooperación para poner en comunicación a otros Estados los aspectos sustanciales de su derecho sucesorio*”

6- El reenvío

En un primer momento de propuesta del Reglamento 650/2012, se pretendió la exclusión del reenvío como se había realizado en anteriores normas comunitarias, véase nº 864/2007 o Roma II (art. 24), Reglamento nº 593/2008 o Roma I (art. 20).

De la total exclusión del reenvío, prevista en la Propuesta, en el texto del Reglamento finalmente aprobado se optó por una **admisión controlada** del mismo, al establecer el artículo 34¹⁴⁶:

1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a:

a) la ley de un Estado miembro, o

b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30.

Debemos mencionar al respecto el considerando 57 del R 650, que justifica la regulación del art. 34.1 tal y como aparece formulado en la necesidad de garantizar la coherencia internacional, una armonía internacional de soluciones.

Atendiendo a lo dado por la norma, el reenvío “solo tendrá lugar a partir de la aplicación de las disposiciones de derecho internacional privado de terceros Estados, y en ningún caso podrá aquel derivar de la aplicación de las normas de conflicto de los Estados miembros”¹⁴⁷.

Esto quiere decir que entre Estados miembros no existirá nunca reenvío y la aplicación de una ley de un Estado miembro designada por el Reglamento “se entenderá siempre como la aplicación de sus normas jurídicas vigentes en materia de sucesiones”¹⁴⁸.

El art. 34 R 650 permite el reenvío tanto de primer grado, en su apartado “a”; como el reenvío de segundo grado, en su apartado “b”.

Ejemplo de reenvío de primer grado: Juan D., nacional español con residencia en Filipinas, pero fallece en España y el proceso sucesorio se abre en España. Los Tribunales españoles deberían aplicar el art. 34 para remitirse a la ley de Filipinas, teniendo en cuenta sus normas de DIP y suponiendo que tal ley remite la cuestión a la ley de la nacionalidad del causante, es decir, el Estado español.

En cuanto al reenvío de segundo grado, se precisa la concurrencia de dos requisitos para ser aplicado:

1. Que las disposiciones de DIPr del tercer Estado al que el Reglamento refiere prevean un reenvío a la ley de otro tercer Estado.
2. Que este último tercer Estado aplique su propia ley, en base a sus normas de conflicto.¹⁴⁹

Con respecto a este apartado, hay que añadir que si este último tercer Estado remitiera la cuestión a la ley de otro Estado, aunque fuera Estado miembro, no entraría en juego el mecanismo del reenvío, y la sucesión se resolvería bajo la aplicación de la ley del tercer Estado primeramente designada como aplicable por el Reglamento.

Excepciones al reenvío:

¹⁴⁶ Vidal, I. A. C. (2015). El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones. Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado, (1), 2.

¹⁴⁷ Loc. cit. Vidal, I. A. C. (2015). El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012 (...)

¹⁴⁸ Loc. cit. 1 y 2: Vidal, I. A. C. (2015). El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012 (...)

¹⁴⁹ Loc. cit. 1 y siguientes: Vidal, I. A. C. (2015). El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012 (...)

Debemos observar lo apuntado por el apartado 2 del art. 34 R 650, que establece una serie de casos donde el reenvío no procederá en ningún caso cuando se trate:

- 1- De la determinación de la ley bajo la regla de la vinculación más estrecha (art. 21.2).
- 2- Determinación de la ley designada por autonomía de la voluntad (art. 22).
- 3- Determinación de la ley aplicada a la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito (art. 27).
- 4- Determinación de la ley aplicada a la validez formal según la ley de la residencia habitual del autor de una declaración relativa a la aceptación o a la renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima, o una declaración destinada a limitar la responsabilidad de la persona (art. 28.b).
- 5- Determinación de la ley aplicada a las disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes (art. 30).

7- El orden público

Definimos el orden público internacional como “*una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideren fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro*”.

Observamos que una de las causas de la no aplicación de las diversas leyes indicadas por las normas de conflicto del Reglamento es la incompatibilidad con el orden público del foro. Esto se encuentra regulado en el art 35 del Reglamento y también en el considerando número 58.

Encontramos por tanto dos motivos principales por los cuales no podremos aplicar la norma extranjera que determina la norma de conflicto:

❖ **En primer lugar por contravenir el orden público**

❖ **En segundo lugar por constituir un fraude de ley imputable a las partes**

La conocida Carta de los derechos fundamentales de la UE, la cual todos los estados están obligados a respetar, se encuentra mencionada en los considerandos del Reglamento, los cuales incluyen una jerarquía consistente en que por encima del Orden público internacional, se encuentra esta Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Esto significa que el orden público no entra en juego siempre, y menos cuando la exclusión de la ley extranjera constituya una vulneración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

8- Particularidades en Estados con más de un sistema jurídico

Otra de las grandes novedades del Reglamento 650/2012 es la solución que da para determinar qué concreto Derecho se aplica al caso de que el Estado tenga más de un sistema jurídico. El reglamento además distingue en función del tipo de Estado plurilegislativo.

El reglamento presenta 2 estructuras diferentes:

- En primer lugar, hace referencia a los conflictos territoriales de leyes (art. 36), es el caso en el que se encuentra España. El reglamento establece una solución mediata, invocando el sistema de solución de conflictos de leyes previsto en el propio Estado plurilegislativo. En el caso de España, tenemos que acudir al art. 9.8 CC y la utilización de la vecindad civil para saber qué Derecho sucesorio español es aplicable al caso concreto.

- En segundo lugar, el reglamento prevé una solución para los casos en los que el Estado plurilegislativo no prevea una solución al conflicto territorial de leyes. El reglamento lo que establece es distinguir en función de que la ley aplicable se haya determinado y se da una solución particular para cada caso concreto

- por la **residencia habitual** del causante → ley de unidad territorial en la que el causante residía en el momento del fallecimiento (art.36.2 a)
- por la **nacionalidad** del causante → cláusula de los vínculos más estrechos (art.36.2 b)
- o por **otros posibles factores** → la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento relevante (art. 36.2.c)

Además de los conflictos territoriales de leyes, el reglamento también se ocupa de los conflictos de carácter personal que se regulan en el artículo 37. Esto hace referencia a aquellos en los que exista más de un sistema jurídico o conjunto de normas aplicables a diferentes categorías de personas. Se regula que la regla general es la solución mediata, invocando las propias normas que tenga el propio Estado plurilegislativo para la resolución de conflictos, y en el caso de que no las tenga, subsidiariamente, se aplicará la ley más estrechamente vinculada.

Cabe mencionar, que el reglamento establece pero no impone, la cláusula a través de la cual se autoriza la posibilidad de utilizar las soluciones del reglamento para los casos que impliquen un conflicto de leyes interno.

2. SISTEMA INTERNO: EL ART. 9.8 CC

“La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”

Se nos plantea un problema a la hora de interpretar el segundo párrafo del artículo 9.8 CC, relativo a la ley aplicable a los derechos sucesorios legales del cónyuge.

Para ayudarnos a la interpretación del mismo, tenemos que hacer referencia a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014**, que versa sobre lo siguiente: *Un causante de nacionalidad italiana (Pablo) fallece en el año 2004, hallándose casado con Ariadna, de nacionalidad española. El día antes de contraer matrimonio, los contrayentes, Pablo y Ariadna, habían otorgado una escritura notarial de capitulaciones en la que expresaban su voluntad (conforme al artículo 9.2 del CC) de que los efectos del matrimonio se rigiesen por la Ley española común.*

El causante fallece sin descendientes, bajo testamento notarial, otorgado en el año 1973, instituyendo herederos universales, por partes iguales, a dos hermanos suyos (Teresa y Agustín). En este testamento, que por cierto, se otorgó con mucha antelación al matrimonio, no se menciona a la futura esposa, Ariadna.

Una de las hermanas, Teresa, premuere al causante, Pablo, pero deja varias hijas, algunas de las cuales son las demandantes del procedimiento.

(Es de suponer y así lo considero, que aunque no se aclara expresamente en la sentencia, que las hijas de Teresa resultaban llamadas en el testamento, probablemente como “sustitutas vulgares” de la madre)

Fallecido Pablo, la viuda, el hermano Agustín y las hijas de Teresa, firman ante notario una escritura de adjudicación y partición de la herencia, en la que se reconoce que los derechos sucesorios de la viuda se regían por el derecho italiano (derecho de la nacionalidad del causante) que atribuye a la viuda, como derecho legal, la mitad de la herencia, en lugar de los dos tercios en usufructo que le reconoce el derecho español común como derecho legítimo.

Esta sentencia lo que hace es explicarnos cuál es el alcance del artículo 9.8 del Código civil, en concreto, de su último párrafo.

- El notario autorizante de la escritura, como autoridad española que es, está **vinculado por las normas de conflicto españolas**, en concreto por el artículo 9.8 CC las cuales debe aplicar de oficio.
- Por otra parte, el TS considera, a la vista de los hechos, que el último párrafo del artículo 9.8 constituye una excepción a la norma de conflicto general en materia sucesoria (la del primer párrafo, la ley nacional del causante).
- Consecuentemente, los derechos legales del viudo, tanto forzoso, como ab intestato, **se regirán por la ley reguladora de los efectos del matrimonio y no por la ley nacional del causante, declarando además el Tribunal que con esto se rompe el principio de unidad de la sucesión.**

La doctrina del alcance del último párrafo del artículo 9.8 CC “los derechos legales del viudo se rigen por la misma ley que regula los efectos del matrimonio” se denomina **TESIS AMPLIA**, que se contrapone a la TESIS RESTRICTIVA defendida por la DGRN en sus Resoluciones de 11 de marzo de 2003 y 18 de junio de 2003. (Ambas resoluciones fueron muy criticadas por autores como Carrascosa González por ser “difícilmente inteligibles”)

Ahora bien, una vez que entra en vigor **el Reglamento 650/2012** la solución que este da en el ámbito del derecho internacional privado, difiere de la seguida por el último párrafo del artículo 9.8 CC, pues la ley reguladora de la sucesión será la que determine estos derechos legales del cónyuge y no la reguladora de los efectos del matrimonio.

Sin embargo este Reglamento no se aplica al ámbito interregional, ámbito en el que se seguirá aplicando el artículo 9.8 CC, y tendrá validez por tanto la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho sobre el mismo.

Por último y en cuanto a las **parejas de hecho**, no parece que el artículo 9.8 CC sea aplicable a las mismas, pues la excepción que introduce se refiere claramente a los cónyuges, siendo esto reforzado con la doctrina del TC Y TS que dicen que las normas del matrimonio, no pueden aplicarse a las parejas de hecho.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

Como hemos mencionado antes, puede existir cierta problemática en relación a determinar **qué ocurre con los Estados plurilegislativos en la materia sucesoria**. Son, precisamente, los ya comentados arts. 36 y 37 R 650 los que pretende la solución de dicha controversia.

España, en este concreto supuesto, entraría dentro del supuesto de hecho de la norma comunitaria, puesto que en materia de Derecho Civil y en ciertas y concretas materias dentro de esta rama del ordenamiento jurídico, **coexisten con el Derecho estatal los denominados regímenes forales**, en el País Vasco, Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia y Valencia, aunque este último Derecho civil autonómico no ha conseguido aún una regulación sobre Derecho de sucesiones. Este reconocimiento a la existencia de determinadas leyes civiles propias de una Comunidad Autónoma tiene su **encaje constitucional** en el art. 149.1.8ª.

Antes de comenzar a analizar la cuestión, tenemos que hacer referencia a una norma comunitaria muy especial y que ha suscitado gran debate, como es el art. 38 R 650, que concede una especie de “**facultad**”¹⁵⁰ **a los Estados miembros del Reglamento**, al determinar que aquellos que comprendan **varias unidades territoriales** con sus propias normas en materia de sucesiones **no están obligados a aplicar las normas del Reglamento a los conflictos de leyes** que se planteen exclusivamente entre dichas unidades. Otra opinión doctrinal es que es posible llegar al mismo resultado aplicando lo dado por el art. 36.1 R 650, pero se entiende que la vía de la “**facultad**”, entendemos, concedida por el art. 38 aporta una mayor seguridad jurídica, además de los problemas de adaptación que pueden suscitarse entre el art. 9.8 CC y el art. 36.1 R 650. La relación entre el art. 36 y el art. 38 no deja de estar exenta de críticas por parte de la doctrina por su supuesta incoherencia.

En el caso español, interpreta la doctrina que **mientras permanezca la vigencia del artículo 16 CC** que comentaremos, en combinación con el artículo 9.8 de la misma ley, es decir, mientras se mantenga una **regulación concreta para determinar la ley aplicable a la sucesión de los españoles**, se puede **interpretar que el legislador español hace tácitamente uso de la facultad** que el artículo 38 otorga a los Estados miembros y excluye las normas de Derecho conflictual marcadas por el Reglamento¹⁵¹.

Por todo lo dicho, **será el Derecho español el que resuelva estos conflictos de leyes surgidos por sus particularidades** en cuanto a Derecho civil, en este caso sucesorio. Deberemos acudir, así las cosas, al Capítulo V del Título Preliminar del CC, que lleva por título: “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”. Tenemos que decir, al respecto, que este concreto Capítulo ha sido reformado por dos leyes¹⁵²:

- 1) Ley 11/1990, de 15 de octubre, para la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).
- 2) Ley 18/1990, de 17 de diciembre, dentro de una ley cuyo objeto fundamental es la reforma de la nacionalidad.

¹⁵⁰ Juaneda, L. G. (2015). La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español. Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado, (2), 1.

¹⁵¹ Loc. cit.: Juaneda, L. G. (2015). La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español (...)

¹⁵² Calatayud, V. D. (2015). El Derecho Interregional; Examen del Capítulo V del Título Preliminar del Código Civil. Lunes 4, 30, (70).

El primer precepto que debemos traer a colación de este Capítulo V es el ya mencionado art. 16 CC, apartado 1, que dice lo siguiente:

1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1.º Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.”

El apartado segundo no hace sino **excluir las normas del Código Civil aplicables al reenvío, a la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable y, sobre todo, excluye la posibilidad aplicar el orden público**, dado que la relación entre leyes se da dentro de un mismo territorio nacional, ambas en todo caso sometidas a la misma norma suprema: la Constitución Española, sin dejar de contar con las normas de ámbito comunitario, que tampoco podrán ser contravenidas.

Este artículo deberá ser combinado con el 9.8, también del CC, que proclama que *“la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento”*.

Vistos los preceptos, nos surge la cuestión de concretar qué es la **“ley personal determinada por la vecindad civil”**. Debemos, por tanto, acudir al art. 14 CC, que establece que es la vecindad civil la que determina la sujeción al Derecho civil común o al especial y foral. Por tanto, aquellos que cumplan con las condiciones para tener una vecindad civil de carácter especial, les será aplicado el Derecho civil especial o foral.

LA VECINDAD CIVIL

La vecindad es un **criterio que sirve para determinar la ley personal de cada ciudadano español**. Identifica qué Derecho es aplicable a cada uno. Lo podemos definir como la condición jurídica propia de cada ciudadano español que determina la aplicabilidad de uno de los ordenamientos jurídicos en nuestro país. Además, la vecindad civil es un estado civil, porque influye sobre la capacidad de obrar de cada individuo. Tener una vecindad u otra determina qué ordenamiento se nos aplica.

FORMAS DE ADQUIRIR LA VECINDAD CIVIL

- 1) La vecindad civil se adquiere por **filiación** (*ius sanguinis*). En este sentido, tiene vecindad civil de territorio común o propio.

Se trata de la adquisición de la vecindad por filiación y supone otorgar a los hijos, incluyendo a los adoptivos no emancipados, la vecindad que tuvieran los padres al nacer. Esto suponiendo que tengan la misma vecindad civil. Si tuvieran los padres distinta vecindad civil (madre gallega y padre salmantino) el hijo tendría la vecindad del progenitor la filiación del cual se haya determinado antes.

- 2) Por **lugar de nacimiento**. Cuando no conste jurídicamente la filiación del menor (padres desconocidos) o en el caso de vecindad distinta de los padres; en estos casos, el hijo tendrá la vecindad civil del lugar de nacimiento. Con padre gallego y madre salmantina, habiendo el hijo nacido en Salamanca, tendrá vecindad civil de Salamanca.

- 3) La **vecindad del derecho común**. Cuando no ha sido posible usar ninguno de los dos sistemas anteriores (ni por filiación ni por nacimiento), se atribuye la vecindad común.

Ejemplo: un niño desamparado cuyos padres son desconocidos y su lugar de nacimiento es desconocido, se aplica la vecindad del Código Civil.

- 4) **Atribución de los padres.** Las reglas vistas hasta ahora no son imperativas para los padres que tengan distinta vecindad civil, ya que se les otorga la posibilidad de atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del hijo o adopción.

5) *ADQUISICIÓN POR OPCIÓN*

El legislador prevé la posibilidad de que los ciudadanos, en determinados casos, puedan **modificar o cambiar la vecindad civil originaria**, a través de un simple derecho de opción voluntario. Esta opción debe realizarse ante el encargado del Registro Civil. Por una parte, los hijos desde que cumplen 14 años hasta un año posterior a su emancipación (19 años si se emancipan a los 18). En estos casos, pueden cambiar su vecindad de origen optando por la del lugar de nacimiento o por la última vecindad de cualquiera de sus padres.

La celebración del matrimonio no altera la vecindad civil. Pero cualquiera de los cónyuges puede optar voluntariamente por la vecindad del otro cónyuge.

6) *ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA*

Para los cambios de la vecindad por residencia se requieren dos requisitos:

- 1) El **transcurso de un plazo de tiempo**: residencia **durante dos años** de manera continuada, siempre que se manifieste expresamente la voluntad de adquirir la vecindad civil.
- 2) La **residencia continuada: durante 10 años**. En estos casos, se produce la adquisición automática de la vecindad, aunque es posible oponerse y retener la anterior.

VECINDAD DE QUIEN ADQUIERE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Se regula en el artículo 15 CC y otorga a ese ciudadano extranjero las siguientes posibilidades:

- Puede elegir la vecindad civil del lugar de su residencia en el momento de inscribir su nacionalidad en el registro.
- También puede elegir la del lugar donde hubiera nacido, si se marchó fuera y perdió la vecindad y quiere recuperarla.
- También puede elegir la última vecindad de sus progenitores, si fueron españoles.
- Puede elegir la del cónyuge español, si se ha casado con un español.

CONSERVACION DE LA VECINDAD CIVIL

- 1) El cambio de vecindad de los padres no altera la vecindad del hijo.
- 2) El matrimonio no altera la vecindad de los cónyuges.

PÉRDIDA y RECUPERACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL

No hay reglas establecidas en el CC, pero se entiende que **se pierde la vecindad por adquirir otra vecindad o por adquirir otra nacionalidad diferente a la española.**

La única vía para recuperar una vecindad civil es a través de la **readquisición por residencia.**

La **recuperación** de la **nacionalidad** española también conlleva la **recuperación de la vecindad civil** que tenía al momento de perder tal nacionalidad.

SUPUESTOS ESPECIALES:

A tenor de todo lo dado, **se deriva que la sucesión de un español se regula por la ley del territorio cuya vecindad civil había poseído el causante en el momento de fallecer.** Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que si a tenor del art. 38, las normas de Derecho interregional español excluyen lo dado para la materia por el propio Reglamento, tendremos una serie de supuestos específicos que hacer mención:

- Si la sucesión fuera testada y el causante hubiera cambiado de vecindad civil después de haber otorgado testamento, las disposiciones otorgadas de acuerdo con la ley correspondiente a la vecindad que poseía en el momento de testar conservarán su validez, pero las legítimas serán en todo caso las que correspondan según la ley del territorio cuya vecindad civil ostentaba en el momento de fallecer.

Ejemplo: Gabriel Pérez, de nacionalidad español y nacido en Barcelona, dispuso testamento conforme a su vecindad civil catalana. Posteriormente y antes de fallecer, cambió su domicilio a la ciudad de Valladolid e inició los trámites para cambiar su vecindad civil a la común, pero no dispuso ulterior testamento. Gabriel fallece poco después, tras un accidente laboral, en la localidad de Valladolid, donde desempeñaba su trabajo.

A tenor de lo dado por el art. 9.8 en correlación al art. 16, le sería de aplicación la ley sucesoria catalana en lo relativo a su testamento, pero en lo respectivo a las legítimas, se aplicarían las normas civiles comunes.

- En cuanto a derechos del cónyuge superviviente se refiere, quedan fuera de la ley sucesoria y se regirán por la ley que regulaba los efectos del matrimonio que dio origen a esos derechos sucesorios conyugales.
 - Tenemos que hacer referencia, en este sentido, a por el artículo 16.2 del Código civil contiene una norma de conflicto unilateral que establece un ámbito de aplicación espacial-personal del usufructo viudal que regula el Código de Derecho Foral de Aragón, totalmente exorbitante en relación con el que le correspondería de acuerdo con los artículos 9º.8 y 16.1 del Código civil.

V. Certificado sucesorio europeo

1. Concepto

Para poder darle un significado al certificado sucesorio europeo debemos partir de una situación clave que son las herencias transfronterizas. Nos encontramos ante esta

situación cuando ocurre una defunción y entran en juego los ordenamientos jurídicos de dos Estados, es decir, puede ocurrir que el sujeto tenga residencia habitual en un estado diferente al estado en el que se encuentran los bienes que son susceptibles de ser heredados. Por lo que nos encontramos con dos problemas jurídicos principales debido a la confluencia de varias legislaciones nacionales implicadas en dicha sucesión:

1. Qué ley deberá regir dicha sucesión.
2. Probar los elementos esenciales de la sucesión hereditaria en un estado diferente del estado competente para conocer de la sucesión.

A la hora de dar respuesta a estos problemas el 4 de julio de 2012 se aprueba el reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo. Dicho reglamento va a desarrollar la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de las resoluciones, la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa, así como la creación de un certificado sucesorio europeo. Es por ello, que conforme a este reglamento introduce un elemento novedoso que es el **certificado sucesorio europeo**, se regula en el Capítulo VI (art. 62 a 73). Además de los Considerando 67 que establece que de acuerdo al principio de subsidiariedad dicho certificado no sustituirá a los documentos internos empleados para fines similares (art. 62.5) y por su parte el Considerando 69 establece que el certificado tiene un carácter no obligatorio generando efectos en todos los Estados Miembros.

A su vez, debemos añadir que este reglamento ha sido desarrollado de acuerdo al reglamento de ejecución nº 1329/2014 de la Comisión, del 9 de diciembre de 2014, que establece los formularios oficiales a los que hace alusión el reglamento 650/2012. Y por la ley 29/2015 del 13 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, que regula el procedimiento de expedición de dicho certificado.

En conclusión, el certificado sucesorio europeo es considerado un documento público con formato estándar expedido por la autoridad competente del Estado Miembro que se trate para ser presentado y autorizado como fin probatorio de los siguientes elementos presentes en una sucesión mortis causa:

- a. Quién es el heredero o legatario y su cuota hereditaria.
- b. Cuál de los herederos o legatarios se les ha adjudicado un bien concreto.
- c. Las facultades de los administradores de la herencia mencionados en el certificado.

Como ya hemos dicho debido a su carácter voluntario la utilización del certificado sucesorio europeo no impide la utilización de cualesquiera otros documentos requeridos por cualquiera de los Estados Miembros destinados a los mismos fines.

2. Contenido.

La finalidad principal de este certificado es su utilización por los herederos o legatarios que tengan derechos directos en la herencia, tanto por los ejecutores testamentarios como por los administradores de la herencia para invocar sus derechos sucesorios en otro Estado Miembro, así será un documento que nos lleve a la inscripción de los bienes sucesorios en el registro correspondiente de un Estado Miembro, para ello deberá contener la siguiente información regulada en el art. 68 del reglamento 650/2012:

“El certificado contendrá la siguiente información, en función del fin para el cual se expide:

- a) nombre y dirección de la autoridad emisora;*
- b) número de referencia del expediente;*
- c) los extremos que fundamentan la competencia de la autoridad emisora para expedir el certificado;*
- d) fecha de expedición;*
- e) datos del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección y, en su caso, relación con el causante;*
- f) datos del causante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección en el momento del fallecimiento; fecha y lugar del fallecimiento;*
- g) datos de los beneficiarios: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre y número de identificación (si procede);*
- h) información relativa a las capitulaciones matrimoniales celebradas por el causante o, en su caso, al contrato celebrado por el causante en el contexto de una relación que conforme a la ley aplicable surta efectos similares al matrimonio e información relativa al régimen económico matrimonial o equivalente;*
- i) la ley aplicable a la sucesión y los extremos sobre cuya base se ha determinado dicha ley;*
- j) la información relativa a si la sucesión es testada o intestada, incluyendo la información sobre los extremos de los que se derivan los derechos o facultades de los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia;*
- k) cuando proceda, información sobre la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia de cada beneficiario;*
- l) la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado;*
- m) el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada legatario determinado;*
- n) las limitaciones de los derechos del heredero o los herederos y, en su caso, del legatario o los legatarios en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición mortis causa;*
- o) las facultades del executor testamentario o del administrador de la herencia y sus limitaciones en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición mortis causa”.*

Para la inscripción válida de los bienes sucesorios en un Estado Miembro habrá que estar a los requisitos que establezca la ley interna para la inscripción válida en el registro del Estado Miembro que se trate.

3. Funcionamiento

A. Solicitud del certificado sucesorio europeo.

En primer lugar debemos acudir a la solicitud del certificado sucesorio europeo de acuerdo al art. 65 donde se establece quién está legitimado para solicitar el certificado, será legitimados los herederos, legatarios, albaceas o administradores de la herencia, así como la autoridad competente para sustanciar sucesiones mortis causa que son conocidas como “solicitantes”.

Dicho formulario deberá contener los siguientes datos (art. 65.3):

“En la solicitud constará la información enumerada a continuación, en la medida en que la misma obre en poder del solicitante y sea necesaria para que la autoridad expedidora acredite los elementos que el solicitante desea que le sean certificados, acompañada de todos los documentos pertinentes, en original o copias que reúnan las condiciones necesarias para considerarlas como auténticas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 66, apartado 2:

- a) datos del causante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección en el momento del fallecimiento; fecha y lugar del fallecimiento;*
- b) datos del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección y, en su caso, relación con el causante;*
- c) en su caso, datos del representante del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; dirección y clase de representación;*
- d) datos del cónyuge o de la pareja del causante y, si procede, de su excónyuge o sus excónyuges o de su expareja o sus exparejas: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede) y dirección;*
- e) datos de otros posibles beneficiarios en virtud de una disposición mortis causa o de la ley: nombre y apellidos o razón social; número de identificación (si procede) y dirección;*
- f) el fin para el cual se solicita el certificado de conformidad con el artículo 63;*
- g) los datos de contacto del tribunal u otra autoridad competente que sustancie o haya sustanciado la sucesión, si procede;*
- h) los extremos en los que el solicitante fundamente, según el caso, su derecho sobre bienes hereditarios en calidad de beneficiario y/o el derecho a ejecutar el testamento del causante y/o a administrar su herencia;*
- i) una indicación de si el causante había otorgado una disposición mortis causa; si no se adjunta ni el original ni una copia, indicación del lugar en que se encuentra el original;*
- j) una indicación de si el causante había celebrado capitulaciones matrimoniales o un contrato relativo a una relación que pueda surtir efectos análogos al matrimonio; si no se adjunta ni el original ni una copia, una indicación del lugar en que se encuentra el original;*
- k) una indicación de si alguno de los beneficiarios ha declarado que acepta la herencia o renuncia a ella;*
- l) una declaración de que, al leal saber y entender del solicitante, no existe ningún litigio pendiente relativo a los extremos que vayan a ser certificados;*
- m) Cualquier otra información que el solicitante considere útil a los efectos de la expedición del certificado”.*

Tras su solicitud y de acuerdo al art. 66 del reglamento se realizará un examen de la solicitud:

- Una vez recibida la solicitud la autoridad emisora verificará tanto la información como las declaraciones, los documentos y pruebas presentadas por el solicitante. Dicha autoridad de oficio tendrá competencia para realizar las averiguaciones necesarias para efectuar su verificación. Incluso podrá instar al solicitante a que presente cualesquiera otras pruebas que considere necesarias.

- En caso de que el solicitante no pudiera presentar copias de los documentos pertinentes para que dicho documento pueda considerarse como auténtico, la autoridad emisora podrá decidir aceptar otros medios de prueba.
- En caso de que el ordenamiento jurídico del Estado Miembro que se trate así lo establezca la autoridad emisora podrá pedir que las declaraciones se hagan bajo juramento, o en su lugar mediante declaración responsable.
- La autoridad emisora deberá tomar todas las medidas necesarias para informar a los beneficiarios de dicha solicitud.
- Las autoridades competentes de los Estados Miembros facilitará a la autoridad emisora del certificado de otro Estado Miembro, cuando esta lo solicite, la información contenida en los registros tanto de la propiedad inmobiliaria como en los civiles, como en los de últimas voluntades de cualquier hecho relevante para la sucesión o para el régimen económico matrimonial equivalente del causante, siempre y cuando estas autoridades estén autorizadas a facilitar dicha información de acuerdo a su legislación nacional.

B. Órganos competentes para expedir el certificado.

Las autoridades competentes para la expedición del certificado son tanto los Tribunales de Justicia del Estado en el que se expida como cualquier autoridad pública que conforme a la legislación nacional del Estado Miembro se competente para tramitar la sucesión mortis causa.

De acuerdo al art. 67 del reglamento se establece que la autoridad emisora expedirá sin demora el certificado conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento una vez que los extremos que vayan a ser certificados hayan sido acreditados con la ley aplicable. Expedirá el certificado utilizando el formulario establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo al que se refiere el art. 81.2 de dicho reglamento. La autoridad emisora no expedirá el certificado en dos situaciones:

1. Si los extremos que se han certificado son objeto de recurso.
2. Si el certificado no fuera conforme a una resolución que afectara a los mismos extremos.

Además debemos añadir, que conforme a la **Disposición Final 26ª de la LEC**, en su apartado 11 se expone la expedición del certificado sucesorio en España.

“1.ª La expedición por un órgano judicial de un certificado sucesorio europeo se adoptará de forma separada y mediante providencia, en la forma prevista en el artículo 67 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, previa solicitud que podrá presentarse mediante el formulario previsto en el artículo 65.2 del mismo Reglamento.

2.ª La competencia para expedir judicialmente un certificado sucesorio europeo corresponderá al mismo tribunal que sustancie o haya sustanciado la sucesión. Del certificado sucesorio se expedirá testimonio, que se entregará al solicitante.

3.ª Toda persona que tenga derecho a solicitar un certificado podrá recurrir las decisiones adoptadas por el órgano judicial correspondiente.”

En el caso de España las autoridades competentes para expedir estos certificados son tanto jueces como notarios, su competencia se extiende tanto a la formulación como a la circulación de dicho certificado por el mercado interno de la Unión Europea.

C. Efectos jurídicos.

El certificado sucesorio europeo conforma su eficacia jurídica de acuerdo a tres aspectos, art. 69.1 del reglamento 650/2012.

- a. Constituye un medio de prueba de la sucesión hereditaria. El certificado sirve para acreditar y demostrar ante la autoridad nacional del estado competente que se trate todos los extremos contenidos en el mismo siempre conforme a la ley aplicable a la sucesión hereditaria en la que nos encontremos. Con ello, el certificado sirve de presunción para certificar que quienes tienen condición de heredero o de legatario son los sujetos que aparecen en dicho certificado, además este añade los derechos con los que cuentan dichos sujetos sobre la herencia. Así también presumirá quienes tienen condición de ejecutores o administradores de la herencia, sus facultades y sus limitaciones. Todo ello manifestado en el certificado sucesorio.
- b. Proporciona protección jurídica a quien realice actos relacionados con los bienes de la herencia. El reglamento de acuerdo al contenido del certificado entenderá que cualquiera que realice pagos o entregas de bienes a quienes están autorizados por medio del certificado para recibirlos, y quedan exonerados de cualquier responsabilidad respecto a los pagos y entregas realizados. El reglamento considera también que toda persona que adquiera bienes procedentes de la herencia se considerará que están legitimados para ello de acuerdo a lo contenido en el certificado.

Para que se desplieguen los efectos de esta protección, quienes adquieran o entreguen los bienes, no tuvieran conocimiento de la falsedad de lo contenido en el certificado o de que dicho contenido no corresponde con la realidad.

- c. Actúa como un título inscribible en los registros públicos del Estado Miembro que se trate siempre sin perjuicio de lo establecido en la legislación nacional de dicho Estado (naturaleza, requisito o procedimiento de inscripción)

VI. Validez extraterritorial de resoluciones en materia sucesoria

En materia sucesoria, en España no hay ningún instrumento internacional multilateral sobre reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, ya que el instrumento internacional más importante del que España forma parte sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras es el Reglamento 1215/2012, que excluye expresamente de su ámbito de aplicación material los litigios relativos a testamentos y sucesiones.

Antes de la creación del Reglamento 650/2012, la Unión Europea tampoco había legislado sobre esta materia. Pero sin embargo, existe un único Convenio bilateral firmado por España cuyo ámbito material de aplicación se reduce a la materia sucesoria, y es el Convenio hispano-griego de 6 de mayo de 1919 sobre sucesiones. Sin embargo, existen varios convenios bilaterales generales aplicables a día de hoy en esta materia, sobre reconocimiento y exequatur de decisiones aplicables a un amplio espectro de

materias de Derecho privado, los cuales no excluyen los litigios sucesorios; como por ejemplo, el Convenio hispano-suizo de 19 de noviembre de 1896, sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial; o el Convenio hispano-colombiano de 30 de mayo de 1908, sobre ejecución de sentencias civiles.

En base a lo establecido por la Corte de Casación de Francia, una decisión extranjera es: “aquel acto de voluntad de una autoridad pública extranjera o asimilada, que resuelve una cuestión jurídica de derecho privado y que produce efectos jurídicos en relación con las personas o en relación con sus bienes, derechos y obligaciones”.

El reglamento 650/2012 en materia de eficacia extraterritorial distingue entre el régimen de las resoluciones, el de las transacciones judiciales y el de los documentos públicos. En este caso nos centraremos exclusivamente en el régimen de las resoluciones. A su vez, dentro de las resoluciones, el reglamento diferencia en función de si se trata de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos, o resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

A. Eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos

El procedimiento de reconocimiento permite que las resoluciones judiciales extranjeras desplieguen tres efectos en España:

- En primer lugar, el efecto de cosa juzgada material, que vinculará a los tribunales españoles;
- En segundo lugar, el efecto constitutivo de un derecho o situación jurídica;
- Y por último, el efecto de tipicidad, que permite subsumir una decisión extranjera en el concepto de sentencia firme, utilizado por el legislador español.

Existe una excepción, ya que en el caso de sentencias recaídas en procedimiento de ejecución sustanciados en el extranjero, no cabe ni reconocimiento ni exequatur¹⁵³.

El Reglamento 650/2012 contiene las reglas relativas al reconocimiento y ejecución en un Estado miembro, en el Capítulo IV, artículos 39 y siguientes. Se trata del reconocimiento de resoluciones dictadas por los tribunales de otro Estado miembro, salvo, Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, que se encuentran excluidos.

Es decir, se aplicará el Reglamento cuando el Estado de origen y el Estado requerido sean Estados miembros a los efectos de aplicación de este Reglamento, y que a su vez, concurra su ámbito de aplicación temporal¹⁵⁴. En cuanto a las relaciones entre España y otro Estado no afectado por el Reglamento se estará al régimen de reconocimiento previsto en la Ley de Cooperación Jurídica internacional.

En primer lugar hemos de ver qué entendemos por “resolución”, cuya definición viene establecida en el artículo 3.1.g del Reglamento, y dice: “*cualquier decisión en materia de sucesiones dictada por un tribunal de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba e incluidas aquellas decisiones en materia de costas u otros gastos emitidas por los funcionarios judiciales*”.

A continuación, el apartado 2 de dicho artículo establece la definición de “tribunal”: “*todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones*”.

¹⁵³ Sentencias TS 6 febrero 2001, 6 octubre 2001 y 16 noviembre 2001

¹⁵⁴ El régimen institucional de reconocimiento no es aplicable entre Estados miembros cuando el causante hubiera fallecido con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, aun cuando la sentencia fuese posterior a dicha fecha.

jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al derecho del Estado miembro en el que actúan, a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia”.

Dado que existen diferentes sistemas para sustanciar las sucesiones, dependiendo del Estado miembro ante el que nos encontremos, el Reglamento 650/2012 los respeta, y establece en su Considerando 20 que: “*se debe dotar al término «tribunal» de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal. Todos los tribunales tal como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo. En cambio, el término «tribunal» no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro que, en virtud del derecho nacional, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros, en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen funciones jurisdiccionales”.*

Regla general

En materia de reconocimiento se establece una regla general en el artículo 39.1, que establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Por tanto, se establece un principio de reconocimiento automático, ya que se suprime el procedimiento de reconocimiento; de tal forma que una resolución judicial procedente de un Estado miembro (salvo los excluidos) se podrá hacer valer en España para sucesiones sin que sea necesario ningún procedimiento de control. Será requisito suficiente la presentación de la decisión extranjera ante la autoridad competente.

Pero a su vez, el Reglamento 650/2012 recoge dos posibilidades de solicitar el reconocimiento. Por un lado, el artículo 39.2 establece que: “cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal, podrá solicitar por el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58, que se reconozca la resolución”. Y por otro lado, el artículo 39.3 establece que: “si el reconocimiento se invoca como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para conocer del mismo”.

A su vez, establece el artículo 54.1 que cuando deba reconocerse una resolución, a título principal o a título incidental, el solicitante podrá instar la adopción de medidas provisionales o cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro en que dicho procedimiento se esté llevando a cabo, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva.

El artículo 40 del Reglamento establece los motivos de denegación del reconocimiento, y establece que las resoluciones extranjeras no se reconocerán en los siguientes supuestos:

- Si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido.

- Si se dictasen en rebeldía del demandado sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo.
- Si fueran inconciliables con una resolución dictada en una causa entre las mismas partes en el Estado miembro requerido. • Si fueran inconciliables con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

A su vez, el artículo 41 establece que las resoluciones de un Estado miembro en ningún caso podrán ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. Y el artículo 42 establece que el tribunal del Estado miembro ante el que se haya solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro podrá suspender el procedimiento si dicha resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

Regla especial: el exequatur

Se trata de un procedimiento que convierte las decisiones extranjeras en títulos ejecutivos en el Estado requerido. Únicamente pueden acceder a este procedimiento las resoluciones extranjeras que contengan pronunciamientos de ejecución y que sean ejecutivas en el Estado de origen. Este procedimiento dota a las resoluciones extranjeras del efecto ejecutivo en España.

En base los artículos 517.1 y 523 LEC, una decisión extranjera que no haya ganado el exequatur en España, no podrá jamás ser ejecutada en España¹⁵⁵.

El artículo 43 del Reglamento 650/2012 establece que: “*Las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que allí tengan fuerza ejecutiva se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se declare que poseen fuerza ejecutiva en este último de conformidad con el procedimiento previsto al respecto en los artículos 45 a 58*”. Por tanto, se aplica la tesis de “extensión de los efectos” y se admite la declaración de ejecutividad en el Estado requerido de resoluciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen.

Para poder determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro de ejecución, a efectos del procedimiento previsto en los artículos 45 a 58, el tribunal que conozca del asunto aplicará, conforme a lo establecido en el artículo 44, la legislación interna de dicho Estado miembro.

Tramites del procedimiento exequatur

Estos trámites se aplicarán también al procedimiento por homologación, cuando sea solicitado por algún interesado. A su vez, debemos tener en cuenta lo dispuesto en la disposición final 26º de la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo que establece lo siguiente: “*1. Reglas de ejecución y reconocimiento de resoluciones de un Estado miembro de la Unión Europea al amparo del Reglamento (UE) n.º 650/2012.*”

1.ª Cualquier parte interesada podrá solicitar que se declare la fuerza ejecutiva en España de una resolución incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, y dictada en un Estado miembro de la Unión Europea que tenga en éste fuerza ejecutiva, con arreglo al procedimiento previsto en los apartados 2 a 7 de esta disposición.

¹⁵⁵ STS de 13 de diciembre de 2006

2.ª Las resoluciones dictadas en un Estado miembro de la Unión Europea serán reconocidas en España sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. No obstante, en caso de oposición, cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento a título principal de una resolución de ese tipo podrá solicitar, por el mismo procedimiento previsto en el apartado 1, que se reconozca dicha resolución.

Si la denegación del reconocimiento se invocara como una cuestión incidental ante un órgano judicial, dicho órgano será competente para conocer de la misma, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 388 y siguientes de esta ley, quedando limitada la eficacia de dicho reconocimiento a lo resuelto en el proceso principal del que el incidente trae causa, y sin que pueda impedirse que en proceso aparte se resuelva de forma principal sobre el reconocimiento de la resolución.

En cualquier caso, el órgano judicial ante el que se haya solicitado el reconocimiento podrá suspender el procedimiento si dicha resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

2. Competencia.

La competencia para conocer del procedimiento de fuerza ejecutiva corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o la ejecución, o del lugar de ejecución en el que la resolución deba producir sus efectos.

3. Asistencia jurídica gratuita.

1.ª La asistencia jurídica gratuita en este procedimiento se ajustará a las normas generales aplicables en España.

2.ª Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el solicitante que en el Estado miembro de origen haya obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o una exención de las costas y gastos, gozará en este procedimiento del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia posible conforme a las normas generales aplicables en España.

4. Procedimiento de declaración de fuerza ejecutiva de una resolución.

1.ª La solicitud de declaración de fuerza ejecutiva se presentará mediante demanda que se ajustará a los requisitos del artículo 437 de esta ley y deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

a) Una copia auténtica de la resolución.

b) La certificación prevista en el artículo 46.3.b) del Reglamento (UE) n.º 650/2012.

2.ª Si no se presentara la certificación prevista en el apartado anterior, el órgano judicial podrá fijar un plazo para su presentación, aceptar un documento equivalente o dispensar de ellos si considera que dispone de suficiente información.

Podrá pedir también el órgano judicial una traducción de los documentos realizada por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros.

3.ª El solicitante no estará obligado a tener dirección postal en España ni a actuar representado por procurador ni asistido de letrado.

4.ª El solicitante podrá instar la adopción de medidas provisionales o cautelares de conformidad con lo previsto en esta ley. La declaración de fuerza ejecutiva incluirá la autorización para adoptar cualesquiera medidas cautelares.

5.ª Cumplidas las formalidades previstas en las reglas 1.ª y 2.ª, el juez mediante auto declarará inmediatamente la fuerza ejecutiva de la resolución, sin dar traslado para alegaciones a la parte contra la cual se solicite la declaración y sin proceder al examen de los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el artículo 40 del Reglamento (UE) n.º 650/2012.

Si la resolución objeto de la declaración contiene varias pretensiones y no puede declararse la fuerza ejecutiva de todas ellas, el auto declarará la fuerza ejecutiva de las que procedan.

6.ª La notificación a la parte contra la que se haya solicitado la declaración irá acompañada de los documentos a los que se refieren las reglas 1.ª y 2.ª de este apartado.

5. Recursos contra la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva.

1.ª La resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva podrá ser recurrida por cualquiera de las partes en el plazo de treinta días naturales. Si la parte contra la que se solicitó la declaración estuviera domiciliada fuera de España, tendrá un plazo de sesenta días naturales para interponer el recurso; este plazo no admitirá prórroga por razón de la distancia a España de su domicilio.

La competencia para conocer del recurso corresponderá a la Audiencia Provincial.

2.ª Durante el plazo del recurso contra la declaración de fuerza ejecutiva y hasta que se resuelva sobre el mismo, solamente se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se haya solicitado la ejecución.

3.ª Contra la sentencia dictada en segunda instancia cabrá, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en los términos previstos por esta ley.

6. Procedimiento del recurso contra la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva.

El recurso previsto en la regla 1.ª del apartado anterior se sustanciará por los cauces del recurso de apelación, incluidas las normas sobre representación procesal y defensa técnica, con las siguientes especialidades:

a) Sin perjuicio de la alegación de infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, el recurso solamente podrá basarse en alguno o algunos de los motivos previstos en el artículo 40 del Reglamento (UE) n.º 650/2012; el recurrente acompañará al escrito de interposición los documentos justificativos de su pretensión que considere necesarios y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese.

b) El secretario judicial dará traslado del escrito de recurso y de los documentos que lo acompañen a las demás partes, emplazándolas por veinte días naturales para que presenten los escritos de oposición o impugnación, a los que se adjuntarán los documentos justificativos que consideren necesarios y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interesen.

c) En caso de incomparecencia de la parte contra la que se solicite la declaración de fuerza ejecutiva, si su residencia habitual estuviera fuera de España, se aplicará lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 650/2012”.

El primer paso es la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva, regulada en el artículo 45.1, que se presentará ante el tribunal o la autoridad competente del Estado miembro de ejecución que haya sido comunicado a la Comisión por dicho Estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento.

Según lo dispuesto en el artículo 46, las modalidades de presentación de la solicitud se determinarán conforme a la ley del Estado miembro de ejecución; y por otra parte, el solicitante no estará obligado a tener dirección postal ni representante autorizado en el Estado miembro de ejecución. Los documentos que se han de presentar son los siguientes:

- Copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica.

- La certificación expedida por el tribunal o la autoridad competente del Estado miembro de origen mediante el formulario establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 81, apartado 2, sin perjuicio del artículo 47.

De no presentarse esta certificación, el tribunal o la autoridad competente podrán fijar un plazo para su presentación, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si consideran que disponen de suficiente información (art. 47.1).

También se puede dar el caso, que el tribunal o la autoridad competente exijan una traducción de los documentos, que deberá ser realizada por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros; tal y como lo establece el artículo 47.2.

El segundo paso consiste en determinar la competencia territorial, que en base al artículo 45.2, se hará por el domicilio de la parte contra la que se solicite la ejecución o por el lugar de ejecución.

En tercer lugar, se declarará la fuerza ejecutiva de la resolución, una vez se hayan cumplido las formalidades previstas en el artículo 46; y la parte contra la cual se solicite la declaración de fuerza ejecutiva no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones (art. 48). Según establece el artículo 49, la resolución dictada sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva se pondrá de inmediato en conocimiento del solicitante de conformidad con las modalidades determinadas por la ley del Estado miembro de ejecución; y se notificará a la parte contra la que se haya solicitado, adjuntándose la resolución si ésta no hubiera sido ya notificada a dicha parte.

El cuarto paso se establece en el artículo 50 que regula todo lo relativo a los recursos. En su primer apartado establece que: “*cualquiera de las partes podrá recurrir contra la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva*”.

También establece en su segundo apartado que “*se interpondrá ante los tribunales que hayan sido comunicados a la Comisión por el Estado miembro correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78*”.

A su vez, el apartado tercer dice: “*El recurso se sustanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio*”.

En caso de incomparecencia de la parte contra la que se solicite la declaración de fuerza ejecutiva ante el tribunal que conozca de un recurso interpuesto por el solicitante, se aplicarán las disposiciones establecidas en el artículo 16, aunque dicha parte no esté domiciliada en ninguno de los Estados miembros (art. 50.4).

Y por último, el quinto apartado establece que: “*El recurso contra la declaración de fuerza ejecutiva se interpondrá dentro del plazo de treinta días a partir de la fecha de notificación. Si la parte contra la que se solicita la declaración de fuerza ejecutiva está domiciliada en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiera declarado, el plazo será de sesenta días y correrá a partir de la fecha de notificación, tanto si esta se hizo en persona como en su domicilio. Dicho plazo no admitirá prórroga en razón de la distancia*”.

El artículo 51 nos dice que: “*La resolución que decida el recurso solo podrá ser objeto de los recursos que el Estado miembro correspondiente haya comunicado a la Comisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78*”. Y el 52 dispone que: “*El tribunal ante el que se interponga un recurso con arreglo a los artículos 50 o 51 solo podrá desestimar o revocar la declaración de fuerza ejecutiva por uno de los motivos previstos en el artículo 40. Se pronunciará en breve plazo*”.

Finalmente, en cuanto a los recursos, el artículo 53 regula lo siguiente: “*El tribunal ante el que se interponga un recurso con arreglo a los artículos 50 o 51*

suspenderá el procedimiento, a instancia de la parte contra la que se solicite la declaración de fuerza ejecutiva, si la fuerza ejecutiva de la resolución se suspende en el Estado miembro de origen por haberse interpuesto un recurso”.

En quinto lugar, hemos de hacer mención a la ejecución parcial, regulada en el artículo 55. Cuando la resolución se pronuncie sobre varias pretensiones y no se pueda declarar la fuerza ejecutiva de todas ellas, el tribunal o la autoridad competente declararán la fuerza ejecutiva de una o varias de ellas; y a su vez el solicitante podrá instar una ejecución parcial.

En cuanto al beneficio de justicia concreta, el solicitante que en el Estado miembro de origen haya obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o una exención de las costas y los gastos gozará, en el procedimiento de declaración de fuerza ejecutiva, del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia prevista por el ordenamiento del Estado miembro de ejecución (art. 56).

Existe a su vez, una inexigencia de caución. Esto quiere decir que a la parte que inste en un Estado miembro el reconocimiento, la declaración de fuerza ejecutiva o la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no podrá exigírsele caución o depósito alguno, sea cual fuere su denominación, por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado miembro de ejecución (art. 57).

Tampoco hay tasas judiciales, ya que el artículo 58 establece que el Estado miembro de ejecución no percibirá impuesto, derecho ni tasa alguna, proporcional al valor del litigio, en los procedimientos relativos a la declaración de fuerza ejecutiva.

El último paso del procedimiento son las medidas cautelares. En base al artículo 55.1, nada impedirá al solicitante instar la adopción de medidas provisionales o cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva conforme al artículo 48.

La declaración de fuerza ejecutiva incluirá la autorización para adoptar cualesquiera medidas cautelares (art. 54.2); y finalmente, durante el plazo del recurso previsto en el artículo 50, apartado 5, contra la declaración de fuerza ejecutiva y hasta que se resuelva sobre el mismo, solamente se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se haya solicitado la ejecución (art. 54.3).

B. Eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria

Dado que el Considerando 59 del Reglamento 650/2012, establece que el término resolución comprende no sólo la que ha sido dictada en un procedimiento contencioso sino también la obtenida en un proceso de jurisdicción voluntaria; también será aplicable a estas decisiones el mismo régimen de eficacia extraterritorial previsto en el Reglamento para las resoluciones dictadas en procedimientos judiciales contenciosos.

En este caso, se plantea una diferencia respecto a las resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos, y es que la única causa de denegación del reconocimiento será: oposición por manifiesta vulneración del orden público internacional, establecida en el artículo 40.

Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

Breve introducción

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 31 de julio de 2015. Por tanto, mediante esta ley se dota al ordenamiento jurídico español de un sistema normativo básico y general para la litigación civil internacional, que será aplicable en defecto de tratados y de la legislación sobre esta materia aprobada por la Unión Europea.

En cuanto al régimen para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, la ley aborda esta materia en su título V, dedicado de forma específica a la eficacia de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos extranjeros, eficacia que incluye su reconocimiento, su ejecución (previo exequátur) y su inscripción en Registros públicos.

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional es aplicable en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional del que haya emanado la resolución de reconocimiento o ejecución. En base al artículo 2, presenta un carácter subsidiario respecto de las normas de la Unión Europea y los Tratados Internacionales en los que España es parte. Y en cuanto a su carácter temporal, la Disposición Transitoria única, en su apartado tercero, señala que el Título V se aplicará a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera.

Requisito de la firmeza de las resoluciones recaídas en procesos contenciosos.

Resulta aplicable el nuevo régimen de reconocimiento y ejecución, por un lado a resoluciones recaídas en procedimientos contenciosos, las cuales han de ser firmes, según lo establecido en el art. 41.1 LCJIC, y donde el art. 43.b precisa qué se entiende por resolución firme, y será aquella contra la que no cabe recurso en su Estado de origen. No cabe el reconocimiento ni el exequátur si alguna de las partes ha recurrido la resolución y se está tramitando actualmente una apelación, una casación o un recurso análogo frente a ella en el Estado de origen (dato relevante a la hora de definir la estrategia procesal en contextos de litigación transfronteriza), pero tampoco será posible si todavía no se ha agotado el plazo legalmente establecido para formular un recurso.

Y por otro lado, a resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria, las cuales sólo se exige que sean definitivas (art. 41.2 LCJIC). Es decir, se ha de entender que debe bastar con que las partes hayan puesto fin al procedimiento (art. 207.1 LEC).

A su vez, el artículo 48 proclama la prohibición de revisión en cuanto al fondo. Es decir, impide al tribunal llamado a resolver sobre la eficacia de una resolución extranjera, entrar a valorar la corrección del modo en que se resolvió la controversia en el Estado de origen. Siguiendo lo que ya era habitual en textos europeos y convencionales, los artículos 49 y 50.3 LCJIC permiten solicitar y/u obtener el reconocimiento o la ejecución parcial de una resolución. La atribución de eficacia será forzosamente parcial cuando no concurren los requisitos o se aprecien óbices para efectuarla respecto de todos los pronunciamientos contenidos en la resolución extranjera. Pero nada impide que sea el propio litigante interesado quien se limite a solicitar esa atribución parcial de eficacia.

La regulación del reconocimiento

El reconocimiento sirve para que la decisión extranjera pueda producir en nuestro país todos los efectos que le sean propios, pero que sean diversos de su fuerza ejecutiva. En base a lo establecido en el art. 44.3 LCJIC, el legislador opta por un traslado de efectos: “*en virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen*”.¹⁵⁶

El nuevo sistema de la LCJIC distingue entre reconocimiento y exequátur, atribuyendo al primero un carácter automático (art. 44.1: “*se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones*

¹⁵⁶ Interpretación del Tribunal de Justicia en el asunto Hoffmann: “Una resolución extranjera reconocida en virtud del artículo 26 del Convenio debe desplegar, en principio, en el Estado requerido los mismos efectos que en el Estado de origen”.

de este título”). Pero lo cierto es que la regulación legal permite diferenciar entre varias modalidades de reconocimiento.

1. El reconocimiento **automático**

En España, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera se puede conseguir, de forma ordinaria, sin necesidad de que el litigante interesado deba promover un procedimiento previo dirigido a que se declare ese reconocimiento. El litigante interesado habrá de alegarlo o solicitarlo en el momento oportuno, en función del tipo de procedimiento de que se trate; al cual se le exigirá la aportación de la documentación prevista en el art. 54.3 LCJIC, exigida para obtener el exequatur. Estos documentos servirán para acreditar la existencia y contenido de la resolución, así como la concurrencia de los requisitos de que depende la eficacia en España de la resolución extranjera.

El reconocimiento automático se producirá cuando el tribunal competente actúe teniendo en cuenta la eficacia de la resolución extranjera en los mismos términos en que la tendría si hubiera sido dictada por un tribunal nacional. Es decir, la resolución extranjera desplegará sus efectos sin que sea cuestionada por el hecho de tratarse de una resolución extranjera.

2. El reconocimiento **incidental**

El artículo 44.2 LCJIC contempla la posibilidad de que se produzca el reconocimiento a título incidental. La premisa para que se produzca es que el litigante interesado invoque en un proceso judicial la eficacia de una resolución dictada en otro Estado.

La LCJIC no establece un procedimiento específico para que el tribunal decida sobre el reconocimiento a título incidental. El art. 43.2 precisa de forma genérica, que el tribunal habrá de pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales.

En cuanto a los efectos de este reconocimiento incidental, el art. 44.2 señala: “*La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera*”.

3. El reconocimiento **a título principal**

También se contempla en la ley la posibilidad de que el reconocimiento de una resolución sea el objeto de un pronunciamiento a título principal, es decir, de un pronunciamiento que se dicte al término de un proceso tramitado ad hoc, cuyo objeto sea precisamente determinar si una resolución extranjera cumple o no las condiciones para ser eficaz en nuestro país (art. 42).

El exequátur y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

Para que una resolución judicial firme extranjera pueda ser ejecutada en España, es imprescindible la obtención previa del exequatur (art. 50.1). Se contempla la existencia de un filtro doble: de un lado, el exequátur como procedimiento ad hoc para obtener una declaración formal de ejecutividad de la resolución extranjera, que funciona como barrera frente al automatismo; de otro, el exequátur como control, es decir, como verificación de que la resolución extranjera no vulnera ciertos estándares mínimos.

La LCJIC en su artículo 54.1 permite que la demanda de exequátur y la solicitud de ejecución puedan acumularse en el mismo escrito, con la advertencia expresa de que no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el exequátur. De forma indirecta se está atribuyendo competencia para conocer de la ejecución forzosa al mismo tribunal que es competente para conocer del exequátur, en virtud del artículo 52 LCJIC.

Una vez que el acreedor disponga de auto de exequátur a su favor podrá ya despacharse la ejecución forzosa. La firmeza del auto de exequátur no es condición sine qua non para la ejecución forzosa, según se deduce del artículo 55.1 LCJIC. En todo caso, una vez otorgado el exequátur, el desarrollo del proceso de ejecución habrá de ser el ordinario, en función de lo establecido por la LEC (art. 50.2 LEC). El inciso final de dicho artículo establece que se aplicarán a las resoluciones extranjeras las disposiciones de la LEC relativas a la caducidad de la acción ejecutiva.

El procedimiento de exequátur

La competencia objetiva para conocer de los procedimiento de exequatur, corresponde según lo dispuesto en el art. 52.1 LCIJC, a los Juzgados de Primera Instancia.

En cuanto a la competencia territorial, se establece un sistema de fueros subsidiarios:

- En primer término, el domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera;
- En defecto de domicilio en territorio español, se acudirá al lugar de ejecución o en el que la resolución deba producir sus efectos;
- En último término, el tribunal ante el que se interponga la demanda de exequátur, es decir, el tribunal que prefiera el demandante.

Existen dos especialidades:

1. Art. 52.2: la competencia objetiva no se atribuirá a los Juzgados de Primera Instancia, sino a los Juzgados de lo Mercantil, cuando la resolución judicial extranjera verse sobre alguna de las materias de su competencia (art. 86 ter 2 LOPJ).
2. Art. 53.2: si la parte contra la que se insta el exequátur estuviera sometida a proceso concursal en España y la resolución extranjera tuviese por objeto algunas de las materias competencia del juez del concurso, la competencia para conocer de la solicitud de exequátur corresponderá al juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

En cuanto al tratamiento procesal de la competencia, el artículo 52.4 LCJIC se limita a señalar que el tribunal controlará de oficio su competencia objetiva para conocer del proceso. Pero guarda silencio sobre el tratamiento procesal a instancia de parte. En cualquier caso, el nuevo artículo 22 octies 3 II i.f. LOPJ establece un límite adicional: los tribunales españoles no podrán abstenerse (de oficio) o declinar su competencia (a instancia de parte) cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales extranjeros.

Respecto a **las partes**, según el art. 54.1, la legitimación activa corresponde a cualquier persona que acredite un interés legítimo. Y en cuanto a la legitimación pasiva, señala el artículo 54.3 LCJIC que la demanda habrá de dirigirse contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera. Al margen de todo esto, el artículo 54.1 LCJIC aclara que será precisa en todo caso la asistencia de letrado y la representación de procurador Cabe deducir de ello que también será precisa la postulación completa en la ejecución posterior de la resolución extranjera, al margen

de su cuantía. Y por último, el Ministerio Fiscal intervendrá siempre en los procesos de exequátur, a cuyo efecto se le dará traslado de las actuaciones (art. 54.8).

Procedimiento de exequátur

La solicitud de exequátur se formulará por medio de demanda escrita, conforme a las reglas generales del artículo 399 LEC (art. 54.4), a la que podrá acumularse la pretensión de que se despache ejecución en caso de otorgamiento del exequátur. Además de los documentos procesales ordinarios, será preceptivo acompañar a la demanda los siguientes:

- a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados;
- b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente;
- c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen;
- d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 LEC.

La admisión a trámite de la demanda se ajusta al esquema ordinario de distribución de funciones entre el juez y el secretario judicial. En principio, la demanda será examinada por el secretario judicial y ese examen inicial puede arrojar dos resultados. Si el secretario judicial advierte algún defecto procesal subsanable, defectos formales en la demanda o que la documentación es incompleta, requerirá al demandante para que lo subsane en un plazo de cinco días. Si los defectos advertidos no se han subsanado o no son subsanables, dará cuenta al tribunal para que resuelva en diez días sobre la admisión (art. 54.6).

Si el secretario no advierte defectos, o éstos son subsanados en plazo, admitirá a trámite la demanda mediante decreto; lo hará el propio tribunal mediante auto si considera que no concurren los posibles defectos advertidos por el secretario. En cualquiera de los dos casos, de la demanda y de los documentos que la acompañen se dará traslado a la parte demandada, para que se opongá en el plazo de treinta días.

El auto que resuelve sobre el exequátur será en todo caso recurrible en apelación, conforme a las reglas generales de la LEC (art. 55.1 LCJIC). El artículo 55.2 LCJIC abre las puertas a la eventual interposición de un posterior recurso de casación o extraordinario por infracción procesal frente a la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, de conformidad con las reglas generales de la LEC.

Las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur

El artículo 46.1 LCJIC enumera las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, que también lo son para la denegación del exequátur, ya que se trata de causas que impiden a las resoluciones extranjeras desplegar sus efectos en nuestro territorio.

A) La resolución es contraria al orden público, art. 46.1 a

El concepto de “orden público”, en el contexto del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, ha de entenderse como el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales, y en especial a las garantías del debido proceso y del juicio justo consagradas en el artículo 24 CE.

Hay lesión al orden público procesal cuando la sentencia en el extranjero se ha dictado con infracción de alguna de las garantías esenciales del derecho a un juicio justo. Y hay lesión al orden público material cuando el contenido en sí de la resolución judicial extranjera es contrario a los valores constitucionales.

B) Infracción de los derechos de defensa y rebeldía involuntaria, art. 46.1 b

El artículo 46.1 b) establece la improcedencia del reconocimiento “*cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse*”.

Se acumulan por tanto, regla general y regla especial: la regla general es la infracción de los derechos de defensa, que puede también verse como la vulneración del orden público en su dimensión procesal; y la regla especial es la relativa a las resoluciones dictadas en rebeldía.

A la hora de valorar si el demandado ha sido citado de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse, habrá de ser la legislación española la que le proporcione al tribunal los parámetros conforme a los cuales debe medir hasta qué punto tuvo el demandado una oportunidad real de defender sus derechos en el proceso ante el tribunal extranjero, teniendo en cuenta sobre todo el modo en que se comunicó al demandado la existencia del proceso y se le tuvo por emplazado.

Para facilitar el análisis del tribunal en este punto el artículo 54.4 LCJIC incluye, entre los documentos de aportación obligatoria junto con la demanda de exequátur, el que acredite la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente.

C) Control de la competencia del tribunal de origen, art. 46.1 c

El art. 46.1.c establece que no habrá reconocimiento “*Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española*”.

D) Inconciliabilidad de resoluciones, art. 46.1 d) y e)

El artículo 46.1 LCJIC prevé la denegación del reconocimiento: “*Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España*” y “*Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España*”.

No puede permitirse que despliegue efectos en España una resolución extranjera cuando su contenido choca con el de otra resolución que ya es previamente eficaz dentro de nuestras fronteras: ello chocaría con la fuerza de cosa juzgada de la resolución previamente eficaz en España, con una eficacia negativa o excluyente que impide la concesión del reconocimiento o el exequátur a la resolución extranjera.

Esta eficacia se les ha de reconocer, en primer término, a las resoluciones españolas, pero también a otras resoluciones extranjeras siempre que ya sean eficaces en España en el momento en que se solicita el reconocimiento o el exequátur de la otra resolución extranjera.

E) Litispendencia, art. 46.1 f

Finalmente, el último de los apartados del artículo 46.1 LCJIC determina la denegación del reconocimiento “*cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero*”.

VII. Incidencia del Reglamento: análisis de los datos estadísticos que muestren el alcance del mismo

El Reglamento 650/2012 conlleva una unificación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a las sucesiones, materia que, hasta entonces, había supuesto una problemática constante en temas de competencia ante la ausencia de uniformidad y la diversidad y complejidad de los ordenamientos internos de cada Estado en materia sucesoria. Un ejemplo de ésta problemática nos la describe perfectamente el Catedrático de Derecho Civil, Lorenzo Prats, quien comenta que “*Antes había muchos ciudadanos con expectativa de heredar a personas con bienes en países distintos, que llegaban a renunciar a sus derechos sucesorios ante los graves problemas que planteaban las diferencias legislativas entre países y los procedimientos a aplicar*”.¹⁵⁷

Su importancia, radica en esa agilización y unificación de trámites de sucesión, al intervenir más de un país y afectando a miembros de la unión europea, algo que sin duda ha supuesto una serie de consecuencias por las que, aún a pesar del corto periodo que lleva aplicándose por completo, 17 de Agosto de 2015, se puede ver la incidencia que el Reglamento tiene y tendrá en el escenario sucesorio europeo, un cambio sustancial del método que afecta en distintas formas y casos.

Tenemos que tener claro que, en datos del INE con respecto al 1 de Enero de 2015, existían 4.718.864 de personas extranjeras viviendo en España, lo que antojaba necesaria la ansiada unificación de las normas sucesorias y el certificado sucesorio europeo, puesto que la cifra de extranjeros va aumentando y, a la luz de estos datos, los casos de personas extranjeras con propiedades en España lo harán de igual forma, por eso la necesidad de un sistema que agilice el procedimiento y lo unifique entre los estados miembros de la UE. Pero no sólo eso, sino que también los españoles que residen en el extranjero aumentan su cifra año a año, como podemos observar si analizamos que el 1 de Enero de 2014, según el INE, 2.058.048 españoles residían en el extranjero, de los cuales 691.593 residían en Europa y, a 1 de Enero de 2015 la cifra aumentó en un año a 2.183.043 personas, de las cuales 730.839 vivían dentro de la Unión Europea, por tanto, es fácil imaginar que el flujo de procedimientos en materia de sucesión con elemento internacional o transfronterizo no hará sino aumentar.

Para una mayor concreción podemos decir que 8 millones de europeos están residiendo fuera de su país de origen, 2,5 millones de inmuebles son propiedad de personas que nacieron en un Estado distinto al del inmueble, 16 millones de parejas de distintas nacionalidades entre sí que producen unas 450.000 sucesiones internacionales, por un valor de 123.000 millones de euros cada año, lo cual nos alertaba de la conveniencia de la entrada en vigor del Reglamento. Las consecuencias del nuevo contexto en el que se enmarca este reglamento pueden ser enormes, en palabras del Presidente del Consejo General del Notariado, José Manuel García Collantes.

¹⁵⁷ X. Gil Pecharromán, “Los ciudadanos europeos ya pueden elegir su ley sucesoria” El Economista, 14 de Junio de 2014.

El alcance de este nuevo reglamento, tiene aún mayor repercusión de la que podemos observar a la luz de las estadísticas, si nos fijamos en el detalle de que en los años de crisis, han sido muchos los españoles que han decidido buscar futuro, negocio y demás asuntos en el extranjero, trasladando sus empresas o cambiando su residencia a otro país, por lo que el aumento que se constata en el INE, puede incluso aumentar su caudal con una progresión mayor que la que se venía produciendo, aumentando a su vez los fallecimientos y por tanto, las sucesiones mortis causa, situación que, sin el Reglamento 650/2012, conllevaría un proceso difícilmente asumible y con soluciones medianamente ágiles y óptimas.

Una de las cosas que, con este Reglamento se ha visto modificada es como regular los testamentos otorgados por extranjeros residentes en, por ejemplo, España, que no hayan optado expresamente porque se les aplique la ley de su nacionalidad. En este caso, ahora podemos ver que gracias al Reglamento, esta cuestión se soluciona aplicando el artículo 21 del Reglamento, que declara como Ley aplicable la correspondiente a la residencia habitual en el momento del fallecimiento, aunque el artículo 22 nos permite hacer la “*professio iuris expresa*”, ya explicada por mis compañeros anteriormente.

Con esto constatamos una mayor libertad a la hora de decidir, pero a su vez, una mayor unidad, porque los procesos sucesorios han ido tornándose cada vez más y más complejos, y ha sido fundamental el establecer un mismo procedimiento común, que libere obstáculos y, sin abandonar esa idea de algo común para todos los estados parte, también se deje una cierta elección a beneficio del causante.

Otro ejemplo a la hora de poder ver la incidencia del reglamento en distintas cuestiones, no sin antes recordar que al llevar menos de cuatro meses aplicándose por completo, los datos estadísticos sobre su impacto a día de hoy son difíciles de obtener y, en muchos casos, aún no han sido publicados, es el ejemplo de la concurrencia. Por ejemplo, ¿Con este reglamento se pedirá por el Notario español la concurrencia de los legitimarios del causante inglés que no hizo la opción por la Ley de su país de origen que, como sabemos, no entró a formar parte del Reglamento? ¿Cambiará el orden sucesorio?

En este caso, hemos podido comprobar que el nuevo Reglamento regularía esto en sus disposiciones transitorias, concretamente en el artículo 83.1, 83.3 y 83.4, por los cuales y teniendo claro que a partir del 17 de Agosto de 2015 se aplica a toda sucesión causada, que existe la *professio iuris* anterior y que los testamentos anteriores serán válidos “*si se ajustan al propio Reglamento o se adecúan en fondo y forma en aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en el momento en que se hizo la elección en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los estados cuya nacionalidad poseía o en el Estado miembro de la autoridad que sustancie la sucesión*”. Y para finalizar, el punto cuatro establece una presunción a favor de la norma cuyo fondo obedece el testamento, aunque cabe destacar que no estará exenta de problemática a la hora de su interpretación.

Aprovechando que, gracias a este artículo 83 que permite ajustar al Reglamento testamentos anteriores que reúnan una serie de requisitos y a una *professio iuris* expresa con anterioridad, y para aportar datos concretos, puede considerarse que una buena parte de los 6.182 extranjeros fallecidos en nuestro país en el primer semestre de 2015, según el INE, podrían tener un procedimiento sucesorio que se ajustase al Reglamento. Según los parámetros de mortalidad, en el segundo semestre de 2015, no acabado aún, y en cualquier periodo del segundo semestre de cualquier año, la mortalidad es algo mayor, por lo que las sucesiones que, por ejemplo, se regulen por el Reglamento en España, probablemente sean incluso mayor al número aportado del primer semestre y, por tanto,

la incidencia y el impacto del Reglamento pueda verse con mayor claridad a partir de Enero de 2016, teniendo al menos datos de un semestre concreto.

Para adentrarnos aún más en analizar las consecuencias, el impacto que tiene el Reglamento y darnos cuenta de las diferencias con el anterior escenario, podemos ver el caso de “Hans”, un empresario jubilado alemán, viudo, con dos hijos mayores de edad, que vendió todos sus bienes en 2011 en Alemania y fijó su residencia en Jávea (Alicante), donde constituyó una sociedad limitada personal. En 2012 se casó con una española, dándole el 48% de las acciones de la empresa. En 2014 tuvieron un hijo y un año después, en Noviembre de 2015, ya con el Reglamento 650/2012 aplicándose por completo, Hans falleció sin otorgar testamento.

A sus tres hijos, les corresponde como herederos el 52% de las acciones de la empresa (17,3% cada uno y por usufructo, otro 17,3% a la viuda) Si Hans hubiera dicho notarialmente que su sucesión se regiría según la Ley alemana, a su viuda le correspondería en propiedad, no en usufructo, $\frac{1}{4}$ de las participaciones y otro $\frac{1}{4}$ más por participación en ganancias, en total 26% de las participaciones; el otro 26% sería para los hijos en partes iguales. Con esto queremos poner de manifiesto la posibilidad que el Reglamento da, puesto que a la viuda le hubiera sido más favorable que Hans se hubiera regido por la Ley alemana, mientras que los hijos son beneficiados por el Código Civil español. Es más, si Hans hubiera hecho testamento según las leyes alemanas, podría tener libertad de testar, pudiendo haber dejado todo en favor de su viuda al no haber legítimas.

Esto abre varios interrogantes porque ahora un extranjero residente en España, al poder elegir la ley, ya no tiene por qué respetar la legítima española, al regirse, por ejemplo, por lo regulado en el Código Civil alemán, dicho de otro modo, como afirma Ana Mullor, asociada del área del Contencioso de Alicante, *“confiere al ciudadano la oportunidad de planificar su sucesión y garantizar los derechos de sus herederos[...] Una oportunidad para ofrecer a nuestros clientes no nacionales o nacionales con bienes o residencia en países extranjeros, la posibilidad de redactar o revisar sus disposiciones de última voluntad y regirlas por la Ley que más se ajuste a su voluntad sucesoria.”*

Esto, relacionándolo con el interrogante anterior conlleva el evitar restricciones a la libre disposición como las legítimas, a la transmisión de patrimonio empresarial y puede afectar de forma directa a los derechos del cónyuge viudo, con lo que ya será más difícil asegurar que si la persona extranjera muere en España, los hijos tienen su legítima asegurada.

Una de las cosas sobre la que pueden existir dudas es sobre si el Reglamento 650/2012 tiene alguna incidencia en el sistema español de conflictos internos, el Derecho interregional español y la vecindad civil, algo que ha sido analizado y estudiado por el Dr. Gorka Galicia Aizpurúa, Profesor Titular de Derecho Civil de la UPV (Universidad del País Vasco). En el estudio, se pone de manifiesto que hay hasta siete comunidades autónomas en España que cuentan con un ordenamiento civil propio y un régimen sucesorio específico y particular (excluyendo a Valencia).

Según el Profesor Galicia Aizpurúa, el Reglamento 650/2012 no alteraría al Derecho interregional español, ya que en su artículo 38 establece que *“Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.”* Aunque advierte, no obstante, que para una parte de la doctrina internacionalista, esa conclusión no resulta tan evidente, concluyendo que, en su opinión, *“no existe variación por lo que se refiere al sistema del Derecho interregional*

español, aunque tampoco es posible descartar por completo una cierta incidencia en él del esquema conflictual europeo."¹⁵⁸

Las consecuencias de este reglamento, en función de lo que provoca su aplicación, podemos verlas, tanto en el caso anterior de Hans, como, por ejemplo en otros casos como el de un ciudadano español, de vecindad civil catalana o navarra, por ejemplo, que resida en Francia con sus hijos. A partir de ahora, queda sujeto a las estrictas normas legitimarias del código civil francés, y no como antes a las del Derecho catalán o navarro, con una mayor flexibilidad. Aquí no hablamos, como en el estudio del Prof. Dr. Galicia Aizpurúa, de casos de personas extranjeras que vivan en Cataluña o Navarra, sino personas que, siendo españolas y habiendo residido en Navarra o Cataluña anteriormente, residen en Francia en el momento de su fallecimiento.

De igual modo, la herencia de un británico residente en la Costa del Sol¹⁵⁹, quedará sujeto al régimen de las legítimas establecido por la legislación española y no por la inglesa, cuyo ordenamiento se basa en la libertad absoluta de cualquier persona para disponer como mejor le parezca de sus bienes a su fallecimiento, mayor libertad incluso que en la alemana, a colación del caso de Hans.

También el Derecho español en su caso, será el que rija la sucesión de marroquíes o paquistaníes que vivan en España, sin tener que acudir a la excepción de orden público para excluir la aplicación de la norma que integra el estatuto jurídico personal del Derecho musulmán, en la que se le otorga a los varones musulmanes una doble porción hereditaria respecto a la de las mujeres. Por tanto, la libre circulación de personas en el seno de la UE será mucho más fácil y real y permitiendo elegir la ley que rija la sucesión, pudiendo, como hemos dicho antes, causar menos problemas, en especial a sus herederos.

BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA y NORMAS DE REFERENCIA:

P. Blanco-Morales "La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo", *Diario La Ley*, Nº 8590.

A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II. 2013-2014.

Calvo Vidal, "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, Vol. 328, 2012, pp. 97-107

J. Carrascosa "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial" Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, 2014.

R. Durán Rivacoba, *Derecho Interregional*, Madrid, Dykinson, 1996.

GALICIA AIZPURÚA, Gorka "El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento Civil español", Blog del Instituto de Derecho Iberoamericano, 28 de Julio de 2015.

¹⁵⁸ G. Galicia Aizpurúa, "El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento Civil español", Blog del Instituto de Derecho Iberoamericano, 28 de Julio de 2015.

¹⁵⁹ [G. Palomo, "El Reglamento europeo de sucesiones, desconocido por los españoles en el exterior" El Confidencial, 15 de Noviembre de 2015.](#)

GIL PECHARROMÁN, Xavier, “Los ciudadanos europeos ya pueden elegir su ley sucesoria” *El Economista*, 14 de Junio de 2014.

LUCINI MATEO, Álvaro, “El Reglamento europeo de Sucesiones, ¿A mí en que puede afectarme?” *Elderecho.com*, 28 de Octubre de 2015

MULLOR, Ana “El nuevo Reglamento europeo, una oportunidad para la planificación sucesoria”, *Blog de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, 26 de Noviembre de 2015.

NIEVES ROLDÁN, Laura, Análisis de la entrada en vigor del nuevo Reglamento comunitario sobre situaciones internacionales. Consecuencias para España, Universidad Miguel Hernández de Elche, TFG, 19 de Noviembre de 2015 pp. 8-11

S. Ortiz “El reglamento europeo de sucesiones. Tribunales competentes y ley aplicable. Excepciones al principio general de unidad de ley”, *Documento de trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, N° 69/2013.

PALOMO, Graciano. “El Reglamento europeo de sucesiones, desconocido por los españoles en el exterior” *El Confidencial*, 15 de Noviembre de 2015.

Rentería Arocena, A: El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones “mortis causa”. El certificado Europeo sucesorio europeo.

Rodríguez Mateos, P: La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea, pp. 44.

P. Rodríguez, “La sucesión por causa de muerte en el derecho de la unión europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 27, 2014, pp 15, 17

I. Rodríguez-Uriá Suárez, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento 650/2012”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2013.

J. A. Tomás Ortiz de la Torre, “El Reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española”. *Revista jurídica de Asturias*, ISSN 0211-1217, N° 37, 2014

VIGIL, Almudena, “Cómo afectan los cambios en herencias a la empresa familiar” *Diario Expansión*, 5 de Noviembre de 2015.

Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015), Vol. 7, N° 2, pp. 158-187 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt. Fernando Gascón Inchausti Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

“El nuevo Régimen sucesorio europeo tras la entrada en vigor del Reglamento UE 650/2012” *Noticias Jurídicas*, 6 de Noviembre de 2015.

Libro Verde de Sucesiones y Testamentos de la Comisión Europea

“Ley aplicable a testamentos otorgados antes RE 650/2012” *El Blog del Notario*, 12 de Noviembre de 2015

Instituto Nacional de Estadística

“El Reglamento europeo 650/2012 de sucesiones internacionales” Página web de Rafael Berdaguer Abogados, año 2015.

<http://tuguialegal.com/2015/07/30/el-certificado-sucesorio-europeo/>

<http://www.notariado.org>

<https://bozarucosadvocats.wordpress.com/2015/07/27/certificado-europeo-de-sucesiones/>

http://www.lawyerpress.com/news/2015_11/2711_15_002.html

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2012-81342

<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2012/07/doue-de-2772012-reglamento-sobre.html>

<http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/alemania.htm>

http://www.ecured.cu/index.php/Derecho_de_Sucesiones

<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/erbschein.htm>

<http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%2069%20UE.pdf>
<http://www.iurisprudente.com/2015/08/>
<http://www.indret.com/pdf/972.pdf>
<http://notin.es/art-9-8-cc-y-reglamento-de-sucesiones-6502012-ts-28-de-abril-de-2014->
<http://www.millenniumdipr.com/ba-6-el-reenvio-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones>
<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1443189007.pdf>
<http://revistas.registradores.org/index.php/lunes430/article/viewFile/1426/1352>.
<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1443189007.pdf>
Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29/12/1978).
Reglamento 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE-L-2012-813).
Código Civil.



JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad de Murcia

**“GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:
EL DESAFÍO”**

Salón de Grados. Facultad de Derecho.

Universidad de Salamanca

9 de mayo de 2016

11h

Proyecto de Innovación Docente 2015/0020

**Seminarios wiki interactivos con complemento-refuerzo de seminarios
presenciales impartidos por especialistas en los temas propuestos**

Asistencia libre hasta completar el aforo

Inscripciones en <http://goo.gl/forms/ou73t6ufpv>

Información: aduran@usal.es

MEMORIA ECONÓMICA

Se asignaron a este proyecto 200 euros, con los que se ha cubierto el desplazamiento en coche de Murcia a Salamanca y de Salamanca a Murcia del Pfr. Dr. D. Javier Carrascosa González
